

تأليف

الدكتور سيد أمين

استاذ الشريعة بكلية القانون جامعة الخرطوم

# النيابة عن الغير في عقد الزواج

## «بحث مقارن»



النيابة عن الغير في عقد الزواج  
بحث مقارن

الطابعون  
مطبعة جامعة الخرطوم

جمهورية السودان - الخرطوم ص.ب : ٣٢١



## الاهداء

الى صاحب الفضيلة مولانا قاضى القضاة الأسبق الشيخ محبوب  
عثمان اسحق، والى أصحاب الفضيلة قضاة المحاكم الشرعية السابقين،  
والقائمين ، واللاحقين ،

أهدى هذا البحث الذى هو باكورة انتاجى العلمى ؛  
والله أسأل أن يكون باكورة مفيدة ،  
وثمرة يانعة جيدة ،

وتجربة عملية طيبة مباركة .

المؤلف

« الكتاب الكريم »

« وانكحوا الايامى منكم... »

« الحديث الشريف »

« لانكاح الابولي وشاهدى عدل » .

« أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها ،

فانكاحها باطل ! باطل ! باطل ! »

« القاعدة الفقهية »

« الضرر يزال »

بسم الله الرحمن الرحيم

تصدير من

صاحب الفضيلة قاضى قضاة السودان

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله صلى الله عليه وسلم .

وبعد

فلقد اطلعت على كتاب ( النياة عن الغير في عقد الزواج لمؤلفه الدكتور سيد أمين . )

ولقد أعجبت بالكتاب إما اعجاب ، ذلك لأن مؤلفه الباحث المدقق قد جال فيه محلقة في فقه المذاهب الإسلامية المختلفة والتشريعات الوضعية والمسيحية . فكان مادة دسمة ، ومشعلا من مشاعل النور لمن أراد الإستزادة من المعرفة أو الإستفادة من ثمرات البحث .

وأشهد بأن المؤلف قد بذل جهداً لا يسعنا إلا أن نشكره عليه ، ونقدر سعة اطلاعه ، ثم قدرته على تفهم هذا الموضوع الشائك المتعدد النواحي ، الذى استطاع أن يهيم لنا من بحثه ودراسته المتعمقة الواسعة الفرصة للوصول إلى نتائج علمية وعملية قل ان تنشر فى كتاب واحد ، وفى موضوع ضيق محدود .

كما استطعنا أيضا أن نلم بجانب جديد من شخصيته العلمية التى كانت ولا تزال محل اعجابنا .

اننا نقدر للمؤلف جهده العلمى ، وجهده العملى ، ونشيد باهتمامه وعنايته بتلمس المنشورات والقوانين السودانية ودراستها دراسة مقارنة وعلى نقد بان .

واننا نفخر إذ نقدم هذا الكتاب كأنتاج ممتاز من رجل إرتبط تاريخه بالمحاكم الشرعية ولا يزال يعمل من أجلها والله الموفق .

عبدالمجيد على او قصيصة

قاضى قضاة جمهورية السودان

بسم الله الرحمن الرحيم

أيها القارئ الكريم:

لقد سبقتك إلى قراءة هذا السفر الجليل « النباة عن الغير في عقد الزواج في الفقه الإسلامي المقارن » لأنني قد اطلعت عليه قبيل طبعه.

وما أدري أسبقتك إلى معرفة مؤلفه أم سبقتنى أنت إلى معرفته ؟ ومهما يكن من شيء فقد عرفت الأستاذ الدكتور « سيد أمين » عن قرب فعرفت فيه صفات العالم القذّ الذي يتحلّى بصفات العلماء الأفاضل : من تواضع جم ، ومعرفة بالله تجعله شديد الخشية منه ، ورغبة شديدة في العلم ، وحب له ، يجعلانه يقف منه كل يوم على جديد.

وأشهد لقد عرفت فيه الرجل المهذب ، دمث الأخلاق ، عذب الحديث فأحبيته وأحبت السودان الذي أنجبه.

وإذا كان التأليف صورة من نفس المؤلف ، ونفسه هي جماع صفاته الخلقية والعقلية ؛ فتحن إذن أمام مؤلف استجمع كل خصائص مؤلفه .

وإذا كنت قد سبقت إلى قراءته ، فلا أحب أن أزاحمك - أيها القارئ العزيز - حين يجيىء دورك في الإطلاع عليه ، فأقتطف لك بعض ثماره البانعة من هنا ومن هناك ، وأحشدها أمامك حشداً ، قائلاً لك : خذ هذه ، وانظر إلى تلك ؛ فإني إن فعلت ، فلعل لا أبقى من الكتاب شيئاً إلا نقلته إليك ؛ لأن كل شيء فيه خير من كل شيء فيه ؛ فأدعك تقرأه لنفسك ، وبطريقتك الخاصة ؛ لتنتهى أنت إلى ما انتهيت أنا إليه من أنه مؤلف فذ لمؤلف فذ. نفع الله به وبأمثاله ، وأجزل له من الأجر والثوبة قدر ما بذل فيه من جهد وصبر وعناء .

د. سليمان دنيا

أستاذ العقيدة والفلسفة

بجامعة الأزهر

ووكيل كلية أصول الدين.

## بسم الله الرحمن الرحيم ( التتاحتة )

أحمدك اللهم على ما ذلت من صعاب، وأصلى وأسلم على نبيك الهادى  
إلى سبيل الرشاد.

وبعد فأننى أعرض فى بحثى هذا أحكام ولاية التزويج، عرضاً أحاول  
فيه جهد الطاقة أن أعنى العناية الكبيرة بدراسة جزئيات هذا  
الموضوع بالعمق الكافى الذى تقتضيه الدراسة النظرية ، وقد صرفت جل  
اهتمامى إلى أن أصل إلى نتائج عملية تعاون محاكمنا الشرعية فى جمهورية  
السودان المعاونة التى هى فى أمس الحاجة إليها لتواجه احتياجات مجتمعنا  
السودانى فى تطوره لاسيما أن صاحب الفضيلة قاضى قضاء السودان فى سنة  
١٩٥٨ كان يحاول أن يعدل أحكام منشور الولاية رقم ٣٥ الصادر فى يوم  
١٩٣٣، ٣، ٢٢.

ولهذا رأيت أن أخص وأرتب الموضوع بطريقة تهدف إلى تهئية القارئ  
ليصل معى إلى النتيجة، التى تعاون على التعديل والأصلاح بعد تفهم الآراء  
المختلفة عند الفقهاء.

ولعل هذه الدراسة العملية قد أهملت عن عمد بعض النواحي النظرية التى  
لم أرها ضرورية، وإن كان أساتذتنا الكبار قد يرون أهميتها لمثل هذا البحث.  
وإن هذا البحث ما هو إلا محاولة متواضعة لصياغة فكرة عامة  
لولاية فى تزويج الصغير فى الفقه الإسلامى، مع ملاحظة للمعمول به فى كل من  
جمهوريتى السودان والعربية المتحدة والمعمول به عند المسيحيين وبعض البلاد  
الغربية.

هذا ولقد وجدت فى تجديدى هدفاً لبحثى هذا ، اننى فى موقف  
حرج ، جعلنى أواجه تحمل مسئوليتين ؛ ثقيلتين . احدهما مسئولية الحكم فى  
مثل هذا الموضوع الذى قد رسمت له هدفاً عملياً فى ذهنى.

والأخرى مسئولية الدراسة التي تقتضى مراعاة البحث النظرى الذى يستلزم مزيدا من السدقة في معالجة الموضوع وتوجيهه وسط خضم من النصوص الفقهية التي لا بد منها للوصول إلى أحكام صحيحة مرضية.

هذا ، وبالنسبة لبحثى هذا يجب أن أعترف بأن موضوعه قد أخذ حظه الكافى من الدراسة النظرية من فقهاؤنا الاعلام وتناولته أعلامهم بكثير من البحث والدرس وكانت كتاباتهم لرسالتى هذه ضوء الطريق .

هذا وأخص بالشكر أستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة الذى كان لى عوناً صادقاً في أن أوصل البحث حتى أنهى هذه الرسالة التى اعتبرها اللبنة الاولى لبناء حياتى من الناحية العلمية كما أخص بالتقدير أستاذنا الشيخ على الخفيف الذى أخلص في توجيهى وكان كتابه النيابة عن الغير في التصرف خير ضمان لى فى دراستى للمسائل الفقهية المختلف فيها ؛ كما أخص أستاذنا الدكتور شفيق شحاته على ما قام به من توجيه فى المسائل المتعلقة بالجانب المسيحى من هذا البحث .

ولا يفوتني ان أتقدم بتقديرى وشكرى الخالص لمدير مطبعة جامعة الخرطوم الذى كان لاهتمامه وإخلاصه أكبر حافز لى على طبع هذا البحث فى زمن قصير وفى شكل انيق ، فله وللموظفين والعمال معه تقديرى واعجابى .

ان هذه الرسالة حصلت بها على درجة الماجستير في القانون من معهد الدراسات العربية العالية الذى كان لمجهودات أستاذنا الدكتور احمد عبد الرزاق السنهورى اكبر الاثر فى تكميل النقص العلمى فى شخصياتنا ، فله ولاساتذتنا الاعلام كل تقدير واحترام .

## مقدمه

ان الشريعة الاسلامية ظلت مقننة في مجلة الاحكام العدلية ، ويسير العمل بها في البلاد العربية (حتى انتهاء الحرب العالمية الاولى) إلى أن صدر في لبنان عام ١٩٣٤ تقنين الموجبات والعقود، وفي عام ١٩٤٩ صدر القانون المدني السوري كما صدر القانون العراقي المدني في عام ١٩٥١ والقانون المدني الليبي في عام ١٩٥٣.

ولقد كانت مصر أولى البلاد العربية التي استبدلت القوانين المدنية الوضعية باحكام الشريعة الاسلامية، وذلك عندما اصدرت تقنيناتها الاهلية في عام ١٨٨٣ والتقنيات المختلطة في عام ١٨٧٥ ثم وحدت مصر قانونها المدني القديم بالتقنين المدني الجديد في عام ١٩٤٩، وان تونس أيضا أصدرت قانونها المدني في عام ١٩٠٦ واحلته محل الشريعة الإسلامية وتبعتها مراکش في عام ١٩١٣ وان السودان أيضا استبدل القانون الانجليزي بالشريعة الاسلامية اعتبارا من أوائل هذا القرن.

هذا وان مصر والسودان وغيرهما من بعض البلاد العربية قد اقتصرت في قضايا الأحوال الشخصية على العمل بالراجح، من المذهب الحنفي في احكام الاسرة، من زواج، ونسب، وميراث، ووصاية، وهبات، وأوقاف، اعتبارا من الربع الاخير من القرن التاسع عشر وكانت ولا تزال أحكام الأحوال الشخصية وحدها هي التي تستمد احكامها من الشريعة الإسلامية؛ والمذهب الحنفي بالذات دون المذاهب الاخرى هو الذي كانت تستمد منه الأحكام، اذا استثنينا بلاد المغرب، وايران، واليمن، وطوائف الشيعة المنبثة في البلاد الاسلامية؛ خصوصا في الهند والعراق والبلاد الحجازية.

ولقد وجدت في مصر وفي بعض البلاد العربية حركة تتجه إلى الاصلاح وألفت لهذا الاصلاح لجان لتضع قانونا للأحوال الشخصية، يجمع بين المذاهب الاربع، مع محاولة للاصلاح والتعديل ما أمكن.

هذا ، وان مصر قد اتجهت فعلا إلى هذا اللون من الاصلاح في عام ١٩١٥ وفى عام ١٩٢٣. ولقد كانت أيضا هنالك دعوات لأصلاح جرىء لم يكن مقصورا على الدوائر المحلودة فى المذاهب الاربعة.

كما الفت فى عام ١٩٣٦ لجنة للأحوال الشخصية كان من ثمرات عملها قانون الميراث رقم ٧٧ لعام ١٩٤٣. وقانون الوقف رقم ٤٨ لعام ١٩٤٦ الذى الغى منه ما خالف القانون رقم ١٨٠ لعام ١٩٥٢.

هذا ولقد كان بين مصر والسودان صلات قوية فى الامور الاصلاحية لاحكام الاحوال الشخصية، وكثيرا ما كان مشروع القانون الذى يتردد الناس فى قبوله بمصر سرعان ما يقبله الناس فى السودان، ويكون قانونا معمولاً به.

ان المذهب المالكي فى السودان هو المذهب السائد بين أبناء الشعب، ولقد كان لهذا أثره فى الأحكام المعمول بها فى محاكم السودان الشرعية ، والسبب المباشر فى استجابة السودان لدواعى الاصلاح الذى نبتت بذوره فى مصر هو مرونة التطبيق فى السودان ، لان صاحب الفضيلة قاضى القضاة كان له الحق فى أن يصدر من وقت لآخر بعد موافقة الحاكم العام آنذاك تعليمات تتناسب وحاجة البلاد من الاصلاحات العادلة.

وان المعمول به فى السودان فى الاصل هو الراجح من مذهب أى حنيفة . ما لم تكن هنالك منشورات أصدرها قاضى القضاة . فانه يجب العمل بها وذلك لأنها فى قوة القانون.

وقبل أن أختتم هذه المقدمة أود أن أقدم بين يدي القارىء هذا الموجز مما يتبعه كل فريق من المسلمين فى البلاد العربية من المذاهب الإسلامية.

١ - ان المذهب المالكي يعد فى السودان وفى المغرب هو المذهب الذى يتبعه الناس باحكامه وتعاليمه . أما المعمول به عندنا فى محاكم السودان الشرعية فهو الراجح من المذهب الحنفى.



٢ - ان فريق المسلمين في الاراضى الحجازية يسرون فى احكامهم عامة  
وفي احكام الاسرة خاصة على مقتضى مذهب الحنابلة واختيارات من  
فقه ابن تيمية .

٣ - والجمهورية العربية المتحدة تسير محاكمها في الاحوال الشخصية على  
أساس الراجح من المذهب الحنفى، مع اعتبار تعديلات تؤخذ من وقت  
لآخر من المذاهب الإسلامية المختلفة .

٤ - واليمن تقوم احكام الاسرة فيها على مقتضى مذهب الزيدية والمذهب  
الشافعى .

٥ - والعراق يسير على مذهب أبى حنيفة مع استثناء طوائف الشيعة .

٦ - أما سوريا ولبنان فقد وضع في كل منهما قانون موضوعى للأحوال  
الشخصية استقيت احكامه من الشريعة الاسلامية .

هذا ولما كان غالب المذاهب المعمول بها فى البلاد العربية هو المذهب  
الحنفى، والمذهب المالكى، والمذهب الحنبلى، والمذهب الشافعى، فقد رأيت  
أن اعطيها العناية الكافية ما أمكن .

تمهيد

## الأسرة في الاسلام

أنشأ الإسلام الأسرة على نظام محكم عادل، تقوم فيه الحقوق بين أفرادها على أسس المودة والتعاون، والعدالة والفضيلة، ولا بد لمعرفة قيمة هذه المعاني التي دعمها الإسلام في الأسرة من مراجعة وموازنة، لنتمكن من التعرف على مقدار ما أتى به الإسلام من غير أن يسبقه غيره، أو يلحقه به من جاء بعده.

لقد دعم الإسلام الأسرة، وجعلها اللبنة الأولى والمهمة لبناء وحدة المجتمع، وجاء بأحكام جديدة اعطت كل ذي حق من الأسرة حقه، واقامت الأسرة على دعائم ثابتة قوية، وقُدس الحياة الزوجية والعلاقة بين الابناء والآباء، وبين الإخوة بعضهم مع بعض - بل بين ذوى الارحام القريبة والبعيدة، ووسع معنى الأسرة.

وإن الدعائم التي اعتبرها ليقوم ببناء الأسرة على أسس قوية وليكون صالحا للبقاء ولا تؤثر فيه زعازع الرياح والاهواء أربع دعائم هي المودة، والعدالة، والتعاون، والفضيلة؛ وإن هذه العناصر الأربعة إن تحققت على وجهها الاكمل قامت الأسرة على المنهاج الذي يدعو اليه الاسلام.

فالمودة: هي الرابطة المقدسة التي تربط بين الزوجين كما قال تعالى «ومن آياته أن خلق لكم من انفسكم أزواجا لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودة ورحمة» وكما قال في شأن العلاقة بين الأزواج «هن لباس لكم وأنتم لباس لهن» فالمرأة من الرجل بمنزلة الشعار والدثار؛ قد ربط الله على قلبهما برباط المودة الواصلة التي تجعل كل واحد من الزوجين جزءا من الآخر يتممه ولا ينفصل عنه.

ولم تكن تلك المودة هي الرابطة فقط بين الزوجين، بل انها تربط بين

الاقارب جميعا والاسرة في الاسلام تشمل بعمومها معنى خاصا، ومعنى عاما، ففى معناها الخاص تتكون من الزوجين وتشمل الاولاد، وفى معناها العام تشمل الزوجين وكل القرابة سواء أكانت قريبة أم كانت بعيدة، والصلة فيها واجبة بمقدار ما تتسع له الطاقة. ولذا قال سبحانه « ان الله يأمر بالعدل والاحسان وإيتاء ذى القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغى يعظكم لعلكم تذكرون » ويقول سبحانه « وآت ذا القربى حقه » ويقول النبى صلى الله عليه وسلم « من اراد منكم أن ينسأ له في أثره ويبارك له في رزقه فليصل رحمه » ويأمر عليه السلام بدوام الصلة بين الاقارب ولو كان من بعضهم جفوة ولهذا يقول عليه السلام « ليس الواصل بالمكافىء انما الواصل من يصل رحمه عند القطيعة ».

والعدالة: هى الحصن الذى يحمى الاسرة من التفكك ان كان ما يهدد المودة، وقد جمع الله تعالى العدالة فى عبارة سامية، وهى قوله تعالى فى العلاقة بين الزوجين «ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف، وللرجال عليهن درجة» فهذه هى العدالة المنطقية وهى التى تتساوى فيها الحقوق والواجبات، فيكون للشخص من الحقوق بمقدار ما عليه من الواجبات وان ذلك هو قانون الاخلاق المستقيم، فالتساوى بين الحقوق والواجبات هو القسطاس المستقيم فما من حق الا وفى مقابله واجب ولقد كانت العادات والنظم التى كانت سائدة قبل الاسلام تفرض على المرأة واجبات ولا تفرض لها حقوق، فكانت كالرقيق عليه كل الواجبات بالنسبة لسيده، وليس له أى حق قبله، فكانت تلك القضية العادلة « ولهن مثل الذى عليهن » فتحا جديدا بالنسبة للمرأة وهى العدالة الكاملة التى تضع كلا من الزوجين فى موضعه، وان الدرجة التى أعطاه الله تعالى للرجل هى درجة الاشراف، وهى أيضا حق فى مقابلة واجب فاذا كان له بمقتضى تلك الدرجة حق الطاعة فعليه واجب العدل.

وان ذلك الحق أو تلك الدرجة التى أعطيت الرجل هى لصيانة الاسرة،

وبقائها محفوظة مصونة بعيدة عن التحلل والتفكك ، وليست المساواة المطلقة امرا مرغوبا فيه دائما ولا امرا سائغا دائما، ولا عدلا دائما، فالمساواة المطلقة قد تقضى إلى فساد وظلم. على أن هذه الدرجة ليست سيطرة وطمعانا ، ولكنها اشراف ورحمة وتوزيع للقوى ، وانا نرى الان كتاب الغرب يشكون من تفكك الاسرة فى الغرب ، ويعزون ذلك التفكك إلى ما شاع بينهم من مساواة المرأة بالرجل مساواة مطلقة. فالاسلام الذى كان أول شريعة أنصفت المرأة ونادى بهذا الانصاف فى وسط ظلمات العادات الجاهلية احتاط ليمنع ذلك التفكك ، فاعطى الرجل هذه الدرجة لتكون الميزان الضابط ، وكلفه العدل فى نظير ما أعطاه ، فإن اشتط وبغى فسوط العقاب ينزل به ان رفع الامر إلى القضاء.

والتعاون: بين الاسرة واجب دعا اليه الاسلام ، ونظمه ونسقه فجعل كل واحد من آحاد الاسرة بمعناها العام فى عون أخيه ، وجعل حق الفقير فى الاسرة على الغنى فيها ، فمن عجز عن الاتفاق على نفسه كانت نفقته فى مال قريبه الغنى ، وقد قال تعالى فى ذلك « ليس على الاعمى حرج ولا على الاعرج حرج ولا على المريض حرج ولا على أنفسكم أن تأكلوا من بيوتكم أو بيوت آبائكم أو بيوت أمهاتكم أو بيوت اخوانكم ، أو بيوت اخواتكم أو بيوت أعمامكم أو بيوت عماتكم أو بيوت أخوالكم أو بيوت خالاتكم ، أو ما ملكتم مفاتحه أو صديقكم »

وان إحساس الفقير فى الاسرة بأنه له حق فى مال قريبه الغنى يجعل منه حفيظا عليه حاميا له حريضا على تنميته ، لانه يعلم أن له شطرا فيه ، وأنه يأكل منه عند حاجته وعجزه .

وانه فى مقابل حق النفقة الذى يفرض للفقير العاجز من الاسرة على الغنى فيها ، وجد حق الميراث ، وهو يسير مع حق النفقة على خط مواز له ، فمن تجب له النفقة اذا عجز يكون ماله ميراثا لمن تجب عليه ان مات غنيا ،

وبعبارة أوضح من يكون له ميراث شخص اذا مات عن تركة تكون عليه النفقة ان عجز وأعوز، وبهذا تتلاقى الحقوق والواجبات في التعاون، كما تلاقى في حقوق الزوجين.

والفضيلة: هي النظام الذى يسود كلا العلاقات الانسانية سواء كانت في الاسرة أم كانت في المجتمع، فالفضيلة هي قاعدة الاسلام في كل ما ينظمه من أحكام، وما يربطه من علاقات. فاذا كانت المودة والتعاون يصلان كل آحاد الاسرة. ففي دائرة الخير والفضيلة لا في دائرة الاثم والعدوان. فقد قال تعالى «وتعاونوا على البر والتقوى . ولا تعاونوا على الاثم والعدوان» ولقد ورد ان النبي صلى الله عليه وسلم قال «انصر أخاك ظالما أو مظلوما» فقال بعض الصحابة هذا المظلوم نصره، فكيف ننصر الظالم، فقال الرسول عليه السلام «ان تمنعه من الظلم» وان الاسرة تعد مسئولة عن اثم الآثمين فيها. ولذا أوجب الدية على الاسرة ان ارتكب واحد منها جناية ووجب فيها الدية، وذلك لتتعاون الاسرة في دائرة الفضيلة ومنع الاذى في آحادها.

وان المحبة في الاسرة قد تغرى بمخالفة الحق، ولذا حذر الاسلام من هذا، ونبه اليه لتكون المحبة في دائرة الفضيلة دائما، ولذا قال تعالى «ان من أزواجكم وأولادكم عدوا لكم فاحذروهم» وتلك العداوة هي أن محبتهم قد تدفع إلى الاذى فيكونوا بهذا أعداء لا أحياء، ولقد كرر سبحانه وتعالى الامر بالاحسان إلى الوالدين في أكثر من موضع في القرآن الكريم، وقد أردف في كثير من المواضع بالامر بالاحسان اليهما النهي عن متابعتهما في الشرك، قال تعالى «وان جاهدك على ان تشرك بي ماليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفا» ولقد قال النبي صلى الله عليه وسلم «لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق» فكانت كل محبة في داخل الاسرة في دائرة الفضيلة وحدها

**تكوين الاسره :**

الركن الاول في تكوين الاسرة الرجل والمرأة، فمنهما تتكون

الاسرة ، وهما جزءان في ركن واحد، وعنصران في جوهر واحد ، منهما تنشعب كل الاسرة ، ومن عواطفهما السامية ينبعث النور المشرق الذى يهدى الذرية الى مدارج الانسانية العالية التى ينفصل بها الانسان عن طينة الحيوان ، ولذا قال تعالى « ياأيها الناس اتقوا ربكم الذى خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها ، وبث منهما رجالا كثيرا ونساء ، واتقوا الله الذى تساءلون به والارحام ، ان الله كان عليكم رقيبا ».

واذا كان كلا الجزئين لهذا الركن الموحد الذى امتزج فيه عنصر الانسانية اللذان يتكون منهما أقدس المعانى الانسانية هما الاساس لتكوين الاسرة ، فان الاسلام عنى بتنظيم ذلك الارتباط بينهما ، وهو بمتزلة العنصر الثالث الذى يمزج بين هذين العنصرين أو يثير فيهما عوامل الامتزاج . وذلك الارتباط هو عقد الزواج الذى أحل الله فيه الرجل للمرأة وكون منهما روحا انسانية واحدة متحدة الاتجاه والغاية .

وان الاسلام لم يعترف برابطة انسانية بين الرجل والمرأة غير الزواج ، فألغى كل ماكان فى الجاهلية من روابط تنشئ أسرة أو تنشئ نسلا ثابت النسب ، فألغى إتخاذ الاخوان ، وألغى وراثه الرجال للنساء ، وقد قال فى ذلك « ياأيها الذين آمنوا لايجل لكم أن ترثوا النساء كرها ولا تعضلوهن لتذهبن ببعض ما آتيتموهن فان كرهتموهن فعسى ان تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خيرا كثيرا » واعتبر العلاقة بهذا الوضع باطله توجب العقاب الشديد ، بل أقصى أنواع العقاب ، وسمى تلك العلاقة مقننا بل اعتبرها زنى تقتضى عقابه الشديد ، وألغى إتخاذ الاحدان واعتبره من أنواع السفاح ، فهو زنى يوجب أغلظ العقوبة وهو فاحشة . والذى الاسلام المتعة وهى نوع من إتخاذ الاحدان أو لها به شبه ، وهما على أية حال فى معنى واحد ومقصد واحد . وقد ذكرنا أن النبى صلى الله عليه وسلم ألغاهما وأكد الغاءها بتكراره ست مرات فى ست غزوات .

ولقد صرح القرآن ببطان كل علاقة بين الرجل والمرأة غير العلاقة الزوجية ، فقد قال تعالى « والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم » وبذلك حصر العلاقة بين الرجل الحر والمرأة الحرة في الزواج المقدس الذى اعتبره المولى الكريم كلمته التى بها تحل الفروج التى حرّمها سبحانه.

#### الولد بغير الزواج لا يثبت نسبه :

ولتأكيد إلغاء ماعدا الزواج ، قرر الشرع الاسلامى أمرين - أولهما - فرض عقوبة غليظة على من يقدم على أمر من هذه الامور التى اغاها الاسلام ، إذ اعتبرها زنى ، وعقوبة الزنى جلد الزانى مائة جلدة وتغريبه عاما عند أكثر الفقهاء ، وان كان متزوجا فلعقوبة الرجم كما قرر الجمهور الاعظم من فقهاء المسلمين مستمدين ذلك من أحاديث نبوية ثبتت عندهم صحتها.

الامر الثانى الذى قرره الاسلام لتأكيد هذا الالغاء هو عدم ثبوت نسب من يجىء ثمرة لتلك العلاقات الائمة ، فان النسب نعمة ، والنعمة لا تكون ثمرة جريمة ، والعرب كانوا حريصين كل الحرص على إثبات نسب من يكونون قد وضعوا بذرتهم بل على إثبات نسب من يلحقه أحدهم ليكون أكثر ولدا وأعز نفرا ، فقد كانوا يتفاخرون بذلك ويتكاثرون. ولقد قطع عليهم الاسلام إثبات النسب بهذه الطريقة المحرمة ليتجهوا إلى الحلال المقدس ، ولذا قال عليه الصلاة والسلام « الولد للفراش وللعاهر الحجر » أى ان العاهر عليه الرجم بدل أن يكون له نسب يعتز به ويكاثر العرب بنسبته له.

وان الاسلام كان حريصا كل الحرص على أن يكون الزواج وحده هو الرابطة المكونة للأسرة لانه يريد أن تكون العلاقات كلها فى داخل الأسرة قائمة على المودة الصادقة، ولا تقوم على المودة الصادقة الا اذا ذهب الدخيل من بينهم ، ومن ذا الذى يستطيع أن يقرر أن الزنى أو ما يشبه الزنى يكون

ثبوت النسب فيه خاليا من مظنة الكذب والبطلان ، وفوق ذلك فان من ثبتت نسبة ولد منه لا تقتصر علاقة النسب عليها ، بل انه يوجد علاقة بينه وبين أولاد ذلك الرجل الذى الحق به نسبه ، اذ سيكونون اخوته واخواته وستوجد علاقة بينه وبين آباء الرجل ، اذ سيكون من حفدتهم ، وعلاقة بينه وبين إخوة الرجل اذ سيكونون عمومته . وهكذا . وان الاسلام كما ذكرنا قد حرص على تقوية هذه الوشائج كلها واعتبر البر بها وصلتها واجبة ، واعتبرها عناصر الاسرة بمعناها الاعم الشامل وأوجب بها واجبات ورتب لها حقوقا ، فكان من الواجب ألا تكون أسباب هذه العلاقات فيها شائبة بل تكون طاهرة خالصة يطمأن اليها . وكيف تطالب أن يعطى شخصا حق الاخوة ، وهو يعلم أنه ثمرة علاقة آثمة وأنه لا يطمئن إلى أن يكون من بذر أبيه ، بل كيف يعطيه الجد حنان الابوة وهو يعلم أنه ثمرة الحرام ، وكان من طريق مشكوك فيه . فالاسلام لانه وثق الحقوق والواجبات فى الاسرة ووسع معنى الاسرة ولم يضيّقها نص على الطريق الموصّل إلى القرابة وقصره على تلك العقدة الحلال التى وثقها الله تعالى بكلمته وهى الزواج .

### بطلان التبنى :

ولهذه المعانى السامية ، ولتلك الوشائج التى ترتب أقوى الحقوق وأقوى الواجبات منع الاسلام التبنى ، لتكون الاسرة كلها مربوطة برباط الرحم الطبيعية الشرعية ، لا بتلك الطريقة الصناعية التى ابتدعتها القوانين الرومانية وغيرها ، ولاتبعا العرب فى عاداتهم وتقاليدهم ليكثروا من النفر أبا كان الطريق وأيا كان السبيل اليه ، ولم يرتض الاسلام تلك السبيل لانها ليست صادقة ولانها تكثر الدخلاء فى الاسرة فتقطع اوصالها ، ولا تكون تلك العرى الوثيقة التى تربط بين افرادها .

ولقد صرح القرآن الكريم بالنهى عن التبنى فقال تعالت كلماته «وما جعل أدعياءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم ، والله يقول الحق ، وهو



يهدى السبيل ، ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله ، فإن لم تعلموا آباءهم فآخوانكم فى الدين ومواليكم ، وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم وكان الله غفورا رحيمًا».

ولقد اختبر الله تعالى محمدا صلى الله عليه وسلم فى قضية التبنى اختبارا شديدا ، ذلك أنه على عادة العرب الحق قبل البعثة عبدا بنسبه كان له ، اذ أن أهله جاءوا إلى النبى صلى الله عليه وسلم ليفتدوه ، فأثر المقام مع النبى صلى الله عليه وسلم فأعتقه النبى والحق به ، وذلك هو سيدنا زيد بن حارثة رضى الله عنه ، وكان بعد هذا اللاحاق ينادى - زيد بن محمد - وتزوج على أنه قرشى بقرشية كما أشرنا ، فلما الغيت تلك العادة القانونية التى كانت عند الرومان والعرب وغيرهم بالنص القرآنى السابق ، كان لابد من مثل حى مشهور ، معلم يوثق ذلك الالغاء ، واختار الله تعالى نبيه ليكون ذلك المثل الحى المشهور ، ذلك أن امرأة زيد تملكت به عندما سقط عنه نسبه القرشى بذلك الالغاء ، فأراد زيد أن يطلقها لهذا التملل المستمر ، وأمر الله نبيه أن يتزوجها اذا طلقها لكيلا يكون على الناس حرج فى أزواج من كانوا يتبنونهم ، ويكون ذلك توكيدا عمليا لمحو التبنى ، والنبى كان يستحى من هذه المجابهة ولكن هكذا أمر الله ، والله أحق أن يخشاه ، وهذا نص القرآن فى هذه القضية فقد قال تعالى « وما كان لمؤمن ولا مؤمنة اذا قضى الله ورسوله أمرا أن يكون لهم الخيرة من امرهم ومن يعص الله ورسوله فقد ضللا مبينا ، واذا تقول للذى أنعم الله عليه وأنعمت عليه أمسك عليك زوجك واتق الله ، وتخفى فى نفسك ما الله مبديه وتخشى الناس والله أحق أن تخشاه ، فلما قضى زيد منها وطرا زوجناكها لكيلا يكون على المؤمنين حرج فى أزواج أدعيائهم اذا قضوا منهن وطرا ، وكان أمر الله مفعولا ، ما كان على النبى من حرج فيما فرض الله له سنة الله فى الذين خلوا من قبل . وكان أمر الله قدرا مقدورا ، الذين يبلغون رسالات الله ويخشونه ولا يخشون أحدا إلا الله وكفى بالله

حسبنا ما كان محمد أبا أحد من رجالكم ، ولكن رسول الله وخاتم النبيين .  
وكان الله بكل شيء عليما .

### الحث على الزواج :

أبعد الاسلام كل أسباب للنسل أو تكوين الاسرة غير الزواج ، وذلك  
لتكون الاواصر قوية بين كل آحاد الاسرة قريبا وبعيدها وقاصيها ودانيها .  
وبغض إلى المؤمن أن يسلك في تكوين الاسرة غير الزواج .

ولهذا المعنى السامى فى الزواج حث الاسلام عليه ودعا اليه ، فقد قال  
النبي صلى الله عليه وسلم « أيها الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه  
أغض للبصر وأحصن للفرج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء . »

وهذا الحديث مجمع عليه فى كتب السنة ، ولا مطعن فى سنناده ،  
والمراد بالباءة فى الحديث تكاليف الزواج ، ومعنى كلمة وجاء أن الصوم  
قاطع لاندفاع الانسان نحو الشهوات المردية « ولقد اعتبره النبي صلى الله عليه  
وسلم يتعلق بنصف الدين فمن تزوج فقد حصن نصف دينه ، وهو النصف  
الاجتماعى الذى يجعله اليقا بالناس لا يعتدى عليهم ويسهم فى بناء المجتمع  
بتلك الاسرة التى أقام دعائمها بهذا الزواج .

والنبي صلى الله عليه وسلم اعتبره أقدس رابطة فى الحياة ، وأجل عقد  
فى هذا الوجود ، واعتبر الزوجة زهرة هذا الوجود ولذا قال صلى الله عليه  
وسلم « الدنيا متاع ، وخير متاعها المرأة الصالحة . » وقال عليه السلام « ألا  
أخبركم بخير ما يكثر المرء ، المرأة الصالحة ، اذا نظر إليها سرته ، واذا غاب  
عنها حفظته ، واذا أمرها أطاعته »

ولقد نهى محمد عن التبتل وهو ترك الزواج ، فقد قال قتادة أن النبي  
صلى الله عليه وسلم نهى عن التبتل ، وتلى قوله تعالى « ولقد أرسلنا رسلا من  
قبلك وجعلنا لهم أزواجا وذرية . »

وبلغ النبي عليه السلام أن نفرا من الصحابة تواصوا فيما بينهم على  
لأنصرف إلى العبادة فقال بعضهم لا أتزوج ، وقال بعضهم أصلي ولا أنام ،  
وقال بعضهم أصوم ولا أفطر ، فبلغ النبي عليه السلام ماتواصوا به ، فقال  
« ما بال أقوام قالوا كذا وكذا ، لكنني أصوم وأفطر وأصلي وأنام ، وأتزوج  
النساء ، فمن رغب عن سنتي فليس مني ».

ولقد سأل النبي صلى الله عليه وسلم رجلا اسمه عكاف بن وداعة  
الهملائي فقال له : « ألك امرأة قال : لا ، ألك أمة قال : لا ، فقال النبي الطاهر ،  
فأنت اذن من اخوان الشياطين ، شراركم عزا بكم ، وأراذل موتاكم  
عزابكم ، ويحك يا عكافى تزوج »

ولماذا حث النبي صلى الله عليه وسلم على الزواج وكرر الدعوة اليه ،  
حتى لقد أفتى فقهاء الظاهرية بأن الزواج فرض ديني ، ولو كان الشخص  
يستطيع ان يكف نفسه عن الزنى ، وأجمع فقهاء المسلمين ما بين سنين  
وشيعيين وغيرهم على أن الزواج فرض على من يعتقد الوقوع فى الزنى ان لم  
يتزوج .

والجواب عن ذلك هو أن الاسلام حريص كل الحرص على ثلاثة أمور  
لا تكتمل إلا بالزواج ، أولها ألا توجد الفاحشة أو لا تنتشر فى الدين آمنوا  
سواء فى هذا ما ظهر من الفواحش وما بطن .

وثانيها أن الاسرة هى الدعامة فى بناء المجتمع ، والزواج هو رابط  
هذه الدعامة ، فهو العقد الوثيق المقدس الذى تقوم عليه الاسرة ، وماعداه  
من العلاقات لا يمكن أن يتكون منها بناء للأسرة ، اذ هى علاقات أشبه  
بعلاقة الحيوان بأى أنثى يلقاها فى عابر الطريق أو فى الغابة ولا يمكن أن  
تتكون منها أسرة سليمة البنين .

وثالثها هو حرص الاسلام على ايجاد أجيال انسانية قوية ، ولذلك  
حث النبي صلى الله عليه وسلم على طلب النسل بالزواج ، فقد قال له بعض

الصحابية أصبت لإمرأة ذات جمال ومنصب ومال ، ولكنها لا تلد أفأزوجها فأعرض عنه النبي صلى الله عليه وسلم ، ثم ذكر الرجل هذا مرة أخرى ، والنبي يعرض ثلاث مرات ثم قال له عليه السلام « تزوجوا الولود فاني مباه بكم الامم يوم القيامة » .

ولا شك أن القيام على شئون الاولاد ورعايتهم والعناية بهم هو الذي يقدم نسلا قويا ، ولا يكون ذلك إلا بالزواج .

### عناية الاسلام بالنسل في الزواج

أجمع فقهاء المسلمين على أن حفظ النسل مقصد من مقاصد الاسلام العليا ، فقد أجمعوا على أن الاسلام في أحكامه وتكليفاته يتجه الى المحافظة على الدين والنفس والعقل والنسل والمال . فالنسل أحد الضروريات الخمس التي جاء الاسلام للمحافظة عليها ، ومن أجل المحافظة عليه ، كان تنظيم الزواج ، اذ هو المقصد الاول من تنظيمه ، وما من حكم من أحكام الزواج في الاسلام إلا كان مقصده حماية النسل في جانب من جوانبه ، فالمحرمات من النساء في الاسلام كان تحريمهن لتقوية النسل ، فان التزاوج بين الاقارب يأتي بنسل ضعيف ، ولقد أثبتت التجارب العلمية التي أجريت في الحيوان ان التلاقح بين سلائل مختلفة الارومة ينتج نتاجا قويا ، والتلاقح بين حيوانات متحدة السلالة ينتج نتاجا ضعيفا .

وقد لاحظ ذلك الاقدمون ، فيروى أن سيدنا عمر بن الخطاب قد لاحظ ان آل السائب وهم قبيل من العرب لا يتزاوجون إلا فيما بينهم ، فقال لهم رضى الله عنه « يا آل السائب قداضوتم فانكحوا النوابيغ » .

وقد حث الاسلام على تخير الأزواج الذين لا عيب فيهم ، فقد ورد في بعض الآثار أن الرسول عليه السلام قال « تخيروا لنطفكم فان العرق دساس » . ونهى الاسلام عن الزواج من المرأة الجميلة ، اذا نبتت في منبت سوء ،

حتى لا يؤثر ذلك فى نسلها من الناحية الخلقية فتجعله يعيش حياته الاولى فى بيئة غير فاضلة ، ولذا ورد أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « أياكم وخضراء الدمن ، قالوا يارسول الله وما خضراء الدمن. قال المرأة الجميلة التى نبتت فى منبت سوء».

ومن أجل الحرص على أخلاق النسل والتلاؤم فى العشرة الزوجية حث الاسلام على اختيار الزوج من ذوات الدين ، من غير نظر إلى المال والجمال ، ولقد قال عليه السلام « تنكح المرأة لجمالها ولمالها ولدينها فعليك بذات الدين تربت يداك» وذلك لان ذات الدين تحفظ عرض زوجها ، فتحفظ النسل من الفوضى والاختلاط وتربى فى النشء نزوع التدن ، والالتفاف والتلاؤم بين رغباته ومطالب الجماعة العليا فيكون عنصرا نافعا قويا .

### التأيد فى الزواج :

ومن أجل العناية بالنسل بالشرع عقد الزواج مؤبدا ، ولم يعقد مؤقتا ، لان المقاصد التى تقصد منه لا تكون إلا مع التأيد ، وأعظم هذه المقاصد هو رعاية الاولاد ، فان تلك الرعاية لا تكون على وجهها إلا إذا دامت العلاقة التى كانت سببا فى وجود تلك الثمرة ، إذ أن كل ثمرة لاتنمو إلا على غرسها ، وكل زرع لاينمو إلا فى البيئة التى نبت فيها ، وان العواطف السامية التى ينشأ عليها الاولاد لاتنمو إلا فى ظل تلك العاطفة الكريمة التى تربط بين الرجل وأهله ، فقد اجتمع قلباهما على محبة تلك الثمرة التى يريان فيها صورة حية من تلاحيمهما الانسانى والوجدانى ، ويريان فيها قطعا من أنفسهما ممتزجة حية تقطع سبيلها فى الحياة ، ويكون وجودها امتدادا لوجودهما معا ، وهى تشير إلى ما كان بينهما من علاقة مقدسة .

ولذلك أجمع الفقهاء على أن أى توقيت يفسد عقد الزواج ، ولا يكون زواجا صحيحا أصلا بل يكون عقدا فاسدا .

### الطلاق ضرورى فى موضعه :

ولكن شرطاً لبقاءه بعد انعقاده على نية البقاء والدوام أن تكون المودة قائمة مستمرة ، فهى التى تربط قلوب الزوجين ، وهى التى يكون بها التعاون على رعاية الاولاد رعاية حسنة واذا حلت البغضاء محل المودة بين الزوجين واستمرت ، وعولجت القلوب فلم يجد العلاج أصبح بقاء الحياة بين زوجين على هذه الشاكلة مفسدا للنسل ومفسدا لآخلاقه وعواطفه ، اذ أن الطفل يفتح عينيه فيجد نزاعاً مستمراً وعداوة مستحكمة ، ونظرات شزراء متبادلة فيؤثر ذلك فى عواطفه وينشأ متبرماً بالحياة قد نضب معين اللفة من قلبه ، ضيق العطن متمللاً من الناس .

ولذلك كان من مصلحة الاولاد هذا الفراق ، لتبعد قلوبهم عن رؤية النزاع المستمر صباح مساء ، فلا تصك آذانهم بأصوات الغضب ولا ترمد عيونهم بنظرات البغض ولا تجف قلوبهم بمظاهر الهجر غير الجميل المستمر . ومن أجل ذلك كان الطلاق اذا تنافرت قلوب الزوجين ولم يمكن العلاج.

وقد وضع الاسلام مراتب للعلاج فدعا الزوجين إلى الاصلاح ما أمكن الاصلاح ، فدعاهما أولاً أن يصلحا من انفسهما ، فقال تعالى « وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو اعراضاً فلا جناح عليها أن يصلحا بينهما ، والصلح خير ، وأحضرت الانفس الشح وان تحسنوا وتتقوا فان الله كان بما تعملون خبيراً ».

فان تعذر عليهما أن يصلحا بأنفسهما ذات البين بينهما كان لزوجيهما أن يتدخلوا بالاصلاح بينهما بل كان عليهم ذلك ولذا قال تعالى « وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها ، ان يريدوا اصلاحاً يوفق الله بينهما ».

فان تعذر على هذين الحكمين أن يصلحا بينهما أصبح الفراق ضرورة

اجتماعية وخلقبة ولمصلحة الاولاد على الوجه الذى بيناه ، لانه دفع لضرر يتفاقم اذا استمرت الزوجية ولان الفراق صار فى هذه المواضع من اللزوم ، قال تعالى « وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته ، وكان الله واسعا حكيما » ، وبهذا يتبين أن الطلاق فى موضعه لا يعد عملا ضارا بمصلحة الاولاد ، بل هو دفع لضرر عنهم ، كما هو دفع لضرر عن الزوجين أنفسهما ، نعم ان المصلحة تكون أقوى اذا بقى الزواج مع المودة ، ولكن اذا تعذرت المودة وتعذرت هذه المصلحة فلم يبق إلا دفع الضرر وذلك بالطلاق .

#### التحريم بالرضاعة لاجل النسل :

ولعل من أعظم ما شرعه الاسلام فى الزواج لرعاية النسل هو جعل الرضاعة سببا من أسباب التحريم ، وقد اختص بهذا التحريم من بين الشرائع القائمة الان ، فلا تجد شريعة من الشرائع الوضعيه أو غير الوضعيه حرمت بالرضاعة غير الاسلام ، وقد قال فى ذلك كاتب أوربى « قد استوحى فقهاء المسلمين تلك الحقيقة وهو تقرير قرابة بين الولد والمرضع ، مما جا على لسان نبيهم ( تناكحوا تناسلوا تكثروا ) فاحتاطوا كل الاحتياط لذلك الغرض الاسمى الذى هو الحياة الانسانية . وهذا هو السر فى أن الاسلام أعطى المرضع هذه المكانة ، لأنها جادت بلبنها ، فساهمت فى تنفيذ الوصية الربانية . وهذا أيضا هو السر فى أن الاسلام رفع شأن الحامل ، ولقد جعل الاسلام للمرضع تلك المكانة ولو كانت غير مسلمة ، يهودية أو نصرانية ، وأنها المكانة سامية تجعلها فى الاسرة فى المكان التالى للام .» .

وكان التحريم بالرضاعة لهذا المعنى ، ولمعنى آخر لا يقل عن ذلك وجوبا ورعاية واعتبارا ، وذلك المعنى هو العناية بمن ترضع الطفل اذا لم تكن أمه ، فإنه اذا علمت أسرته أنها تحرم كما تحرم الام التى ولدته تنبهوا إلى مقدار أثر الارضاع فى جسم الطفل الصغير وأثر لبن من ترضعه ، وتنبهوا إلى ان المرضع تغذوه من جسمها فتدخل أجزاؤها فى تكوينه ، ويكون

جزءاً منها، إذ أن لبنها در من دمها الذى ينبت لحم الطفل وينشر عظمه، وإذا تنبهوا لذلك تخيروا المراضع، وتعرفوا سلامة من ترضع أولادهم، لانه اذا كان دمها ملوثاً بمرض مستكن فيه سرى إلى الطفل فى مجرى دمه وأجزاء جسمه، وان كانت نقية الدم قوية الجسم استفاد الطفل منها قوة ونماء.

ولم تقف عناية الاسلام بالنسل عند جعلها سبباً من اسباب التحريم كالقربة ليتخير الاباء من يرضع أولادهم، بل ان الاسلام أوجب مع ذلك على الام الحقيقية أن تتولى ارضاع ولدها، ولا تلجأ إلى تخير المراضع إلا اذا تعذر على الام أن ترضع ولدها، اما لان لبنها لا يكفيه، أو نصحتها الاطباء ألا ترضعه لمصلحته أو مصلحتها. وكلتاهما واجبة الرعاية، وقد تنوفى الام والولد فى المهد فتكون المراضع لامحالة.

وان القرآن قد صرح بوجوب ارضاع الام لولدها فقال سبحانه «والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة، وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وعلى الوارث مثل ذلك».

ولقد قرر المفسرون أن قوله تعالى «يرضعن» هو للوجوب لا للاختيار، وهو نداء الفطرة. إذ أن الام السليمة تكون صحتها وسلامتها فى أن ترضع ولدها.

وانما كان ذلك الوجوب الدينى لان الطفل فى المهد يجب أن يكون غذاؤه من جنس الغذاء الذى كان يتغذاه فى بطن أمه وهو جنين، ولا يتم ذلك إلا اذا كانت الام التى تغذى منها وهو حمل فى بطنها هى التى تغذيه بلبنها وهو طفل فى حجرها. ولان لبن الام ينمو بنمو الطفل، ويدسم كلما تقدمت به الاشهر شهراً بعد شهر. وهو رزق الطفل، فلا يصح أن تلقية الام أو تركه ينحبس فى جسمها، ولسه صاحب يطلبه. وهو ذلك الطفل الذى رزقته.

وقد أجمع الفقهاء على أنه يجب أن ترضع الام ولدها وجوباً دينياً ولم



يجز الحنفية الالتزام به بحكم القضاء إلا اذا كان لا يلزم إلا ثديها أو لم توجد مرضع سواها ، أو كان الاب فقيرا لا يستطيع أن يستأجر مرضعا له ولم يوجد من تبرع له بالارضاع .

وأجاز الامام مالك للقضاء أن يلزم الام بالارضاع فى هذه الصور التى اجازها الحنفية وغيرها وذلك ليتلاقى الوجوب الدينى مع الوجوب القضائى ، إذ لامعنى للفرقة بينهما .

ومهما يكن أمر الخلاف فإن الاسلام قد عنى عناية خاصة بالنسل فى نشأته وهو فى المهد فى حجر أمه .

### عناية الاسلام بحضانة الطفل

ان الطفل منذ يولد تبتدىء غرائزه وعاداته فى التكوين وتنمو عواطفه فتتجه نحو الالف والاثتلاف أو تتجه نحو النفور والشذوذ ويتبتدىء يعود كبت عواطفه وأحاسيسه من غير ارهاق نفسى ، وأن الكبت الذى يجىء بحكم التدرج نحو الكمال الانسانى انما يكون فى الرعاية الابوية ، ولقد قالت كاتبة أوربية « فى خمس السنين الاولى من حياة الطفل تعمل القوى الغريزية البدائية عند الطفل فى نشاط واضح وفى علاقات الطفل الاولى بوالديه تستخدم هذه القوى ثم يتغلب عليها بادماج نفسه فى رغبات والديه فتكبت ويكون الضمير اللوام ويبدأ الطفل حياة جديدة أساسها كبت الغرائز وموافقتها (١) .

وان هذه السن وما بعدها هى سن الحضانة الضرورية ولا بد أن يكون أساسها مجاوبة عاطفية دائمة بين الطفل ومن حوله ليستطيعوا أن يكونوا فيه ضميره الذى يجعله يألف ويؤلف وان عاطفة المرأة هى العامل القوى فى هذا الدور ولهذا قرر الاسلام أن الحضانة حق للنساء وواجب عليهن . وقد

---

(١) هذا ومثله فى كتاب «أطفال بلا أسر» ترجمة محمد بدران ورمزى .

وردت بذلك الاحاديث عن النبي صلى الله عليه وسلم ومن ذلك أن امرأة جاءت اليه عليه السلام تقول له « يارسول الله هذا ابني كان بطني له وعاء، وحجري له حواء وثديي له سقاء، وان أباه طلقني وأراد أن يترعه مني » فقال لها الرسول الكريم « أنت أحق به مالم تتزوجي » ويروى أن عمر بن الخطاب كان قد طلق امرأة من الانصار بعد أن أعقب منها ولده عاصما ، ثم رآه في الطريق مع جدته أم أمه فانتزعه منها ، ولكنها لم تتركه حتى ذهبت معه إلى أبي بكر الصديق خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم فانتزعه أبو بكر من يدى الفاروق عمر بن الخطاب وقال له « ريحها ومسها ومسحها وريحها خير له من الشهد عندك »

واذا نزع الحضانة من الام اذا تزوجت . فقد قالوا ان ذلك انما يكون اذا لم يكن زوجها ذا رحم محرم من الطفل فاذا كان ذا رحم محرم فانه لايتزع من يدها . وضربوا لذلك مثلا اذا توفي الاب عن أطفال فتزوج عم الاطفال أمهم ليتمكن من رعايتهم حق الرعاية .

وان السبب في نزعها اذا تزوجت أجنبيا هو الخشية على عواطفه من أن تربي على الجفوة وعدم الألفة . فلا تذهب فقط فائدة الحضانة بل تكون اقامته في بيت امه داعية لنقيضها . وقد علل الفقهاء ذلك بهذا التعليل ، وقد جرت في عباراتهم تلك الكلمة « أن زوجا اذا لم يكن ذا رحم محرم يؤكله نذرا وينظر اليه شذرا » وهي كلمة تومئ إلى المعاني التي تربيها تلك الحضانة التي تكون في ظل كارهه للطفل من أنها تربي عواطف النفور وعواطف النفور إذا نمت نمت معها الكراهية لكل ما يحيط به فيصير من الشواذ الذين يعتدون وينظر إلى الناس دائما نظرة العدو لعدوه .

واذا نزع حضانة الام لسبب يكون النزاع من مصلحته فإنه لا ينتقل إلى أيدي الرجال بل ينتقل إلى أيدي النساء اللائي يرجى منهن أن يكن أمهات له ، وان لم يكن مثل أمه . فانهن يكن قريبات منها . ولا حظ عند الانتقال

إلى غير الام أن تكون الحاضنة قرابتها من قبلها فتقدم أم الام على غيرها وإذا لم تكن أم أم فأب، وهكذا تكون الحضانة بين النساء والترجيح فيها لقرابة النساء ولا يتجه إلى قرابة الرجال إلا إذا لم يكن في الطبقة قرابة نساء، ولذا تقدم الاخت لام على الاخت لاب. وذلك لتبقى معنى الامومة هي الراجحة في كل درجات الحاضنات مهما تكن بعيدة.

ولقد قرر الفقهاء أن اختلاف الدين لا يمنع حق الام في الحضانة فإذا كانت الام مسيحية والاب مسلما فلها حق حضنته، ولا يتزع من يدها إلا إذا بلغ سنا يعقل فيها الاديان فانه يتزع من يدها إلى من يتحد دينها مع دينه الذي هو دين أبيه.

ويلاحظ أن بقاء الطفل في يد الحاضنة لا يمنع الاب من الاشراف عليه ورعايته، ولا يمنع من رؤيته ولذلك كان محل اقامة الحاضنة لابد أن يكون في البلد الذي يقيم فيه الاب، لكي يجتمع للطفل رعاية الامومة والابوة، فتربي عواطفه تربية كاملة ويوجه إلى الصالح الذي يتقن توجيهه النساء؛ والصالح الذي لا يتقنه إلا الرجال فيتعود تحمّل التبعات بما يلقيه أبوه، ويتعود الائتلاف بما تلقنه الحاضنة. ولا يختلف البلد الذي تكون فيه الحاضنة عن محل اقامة الاب إلا في صور استثنائية اختصت بالاستثناء فيها الام وحدها دون سائر الحاضنات، لان كمال شفقة الام قد يغني عن اشراف الاب في سنى الطفل الاولى التي لا يحتاج فيها إلا إلى الغذاء البدني والروحي العاطفي، وعينه بعد لم تفتح إلى الوجود كله حتى يربيه من هو أكثر اتصالا بهذا الوجود وهو الاب.

وإذا لم يكن للطفل حاضنة من النساء تستوفي شروط الحضانة وتستأهل ذلك الحق المقدس فإن الحضانة تنتقل إلى أقاربه ذوى الرحم من الرجال، ليقوموا بواجب الرعاية وقد يكون في شفقتهم ما يسد بعض النقص الذي يفقده الطفل بحرمانه من رعاية النساء في تلك السن وكل ما فيه طرى غض.

ولقد فرض الفقهاء صوراً لا يجد فيها الطفل حاضناً يحضنه قط لامن الرجال ولا من النساء، وقالوا في مثل هذه الصورة أن القاضي المفوض من ولي الامر بذلك يضعه في بيت أمين شقيق يرعاه ويكفل ذلك اليتيم كفالة الام والاب له.

وانه في هذه الصورة يصح أن نقول ان الفقهاء يجيزون انشاء دور للحضانة يشرف عليها مختصون يؤوى فيها كل طفل فقد الحاضن، أو لم يوجد في قرابته من يصلح لحضانته، على أن تكون دور الحضانة هذه يؤوى فيها الطفل يومه الكامل. وعلى أن يقوم بالرعاية فيها نساء قد اختصهن الله بشفقة الامومة ليجد فيها الطفل أما ترأه، وان لم ير في مشاعرها وحواسها صورة الام الحقيقية.

وانه مهما تكن دور الحضانة من الرعاية فإنه لا يمكن أن تقوم مقام رعاية الام، ولذلك لا يصح أن يلجأ إليها إلا عند الضرورة، وقد اوزنت صاحبة كتاب أطفال بلا أسرى بين طفل تربى بين أبويه، وطفل تربى فى الملاجىء أو دور الحضانة، فقالت فى بعض ما كتبت « كلما وازنا بين أطفال الملجأ الذين تجاوزوا العام الاول وبين أطفال المنازل فى مثل سنهم كانت نتيجة الموازنة ليست فى صالح الاولين » ثم تتكلم فى نمو حاسة النطق فتنين سرعة نموها بانتظام فى طفل الاسرة وتقول فى ذلك « ان بداية الكلام الحقيقى تنمو على أساس الصلة المباشرة بين الطفل ووالديه، فالطفل يدرك بغريزته كل انفعال يثيرانه فهو يراقبهما ويقلد التعبيرات المختلفة التى تظهر على وجههما وهذا الانفعال العاطفى التقليدى فيه من القوة ما يدفعه إلى الكلام »

ولهذا لا يصح أن نتوسع فى اخراج الطفل من أسرته مادام له حاضن من قرابته، وعلينا أن نصلح الحاضن أو الحاضنة بدل أن نحرم الطفل من العطف الذى ينبعث من شفقة القرابة فينبى كل مواهبه ويخلق منه بهذا رجلاً جاف الطباع خشنا لا يألف ولا يؤلف.

## عناية الاسلام بالولاية على النفس

الولاية على النفس :

كانت الحضانة هي التربية الاولى للطفل، وأما الولاية على النفس فهي للمحافظة على الطفل وصيانة نفسه ، وهي تثبت على الطفل مقترنة بولادته وتصحب الحضانة ، في وجودها ، ولكن لا ينتقل الطفل من يد الحاضنة إلى يد الولي على النفس إلا بعد انتهاء سن الحضانة فحين تنتهي الحضانة تكون الرعاية كلها لولي على النفس . ومدة انتهاء الحضانة قدرها الفقهاء بأمر معنوي تظهر آثاره في الحس ، وهو استغناء الطفل عن النساء بأن صار يأكل وحده من غير ترغيب ويلبس وحده ويستحم وحده ، وتلك هي المظاهر الحسية أما الحقيقة المعنوية فهي أنه يبلغ الحد الذي تنمو فيه مواهب النمو الاول في داخل الاسرة من ذلك إلى أن يخرج إلى الحياة لتنمو مواهبه في ظلها كما نمت مواهبه الاجتماعية الاولى في ظل الامومة.

ومهما يختلف فقهاء المسلمين في السن التي يتجاوز بها الطفل سن الحضانة الأدنى قد وضعوا ذلك القياس الضابط وهو أن يستغنى عن النساء ، وقد اتفقوا أيضا على أن الاستغناء عن النساء يبدأ مبكرا في الصبي ، وقد يمتد أكثر في الصبية ، ولذلك كانت سن الحضانة تمتد عندها أكثر مما تمتد عند الغلام والمعمول به الآن في السودان أن الصبي حد حضانه الاول سبع سنين وقد يمددا القاضى المختص إلى تسع ، والصبية حد الحضانة الاول لها تسع وقد يمددا القاضى إلى احدى عشرة سنة ان رأى أن المصلحة تسوغ ذلك المد.

وهناك اتجاه إلى مد السن اجبارا بالنسبة للصبي والصبية اذا كانت الحاضنة هي الام وجعل ذلك المد جوازا للقاضى اذا كانت الحاضنة أم الام ، وذلك اتجاه له اعتباره على أن تراعى في ذلك مصلحة الطفل قبل كل شيء وان يكون للقاضى سلطان المنع اذا تبين أن الام غير صالحة لهذه المنحة الزمنية التي اختصت بها.

وانه حيث تنتهى الحضانة يتبدى انفراد الولي على النفس بالسلطان كما  
أشرنا، لان الطفل فى هذا الوقت يحتاج إلى من يحافظ عليه ويصونه ويرعاه،  
ويأخذ بيده ليريه الوجود كما هو ويوجه نظره إلى حقائقه وغايات الناس فيه،  
ويعلمه ويربيه، وينشئه تنشئة حسنة بالقُدوة الحسنة والتوجيه المرشد وذلك يكون  
للرجال . فانه حيث تنتهى مهمة المرأة فى التنشئة بالحضانة والرعاية الاولى،  
تبتدىء مهمة الرجل بالكفالة والصيانة، وان التشرذ الذى نراه فى بعض مدائن  
البلاد الكبيرة هو من ضعف سلطان الولي على النفس أو أهماله أو سوء  
توجيهه، فذلك هو السبب الحقيقى ولا سبب سواه، وان بعض الذين لا  
يمحسون الحقائق ظنوا أن السبب هو الطلاق، أو تعدد الزوجات،  
والاحصاء الدقيق بين الاحداث والمشردين يثبت أن نسبة من طلقت أمهاتهم  
أو من تزوج آبائهم عليهن ضئيلة لاتسمح بان يكون هذا هو السبب فى  
هذه الكثرة، ولذلك لايصح أن نسير وراء ذلك السبب المزعوم ونكون  
كالطبيب الذى تشبث بعقله صورة داء واخذ يعالجه فى المريض وهو غير  
حقيقى، ويترك الداء الحقيقى يستشرى ويضعف الجسم .

ان التشرذ ينشأ من فقد رعاية الامومة والابوة معا، فينشأ بين اليتامى  
الذين فقدوا آباءهم وأمهاتهم، كما ينشأ بين الاطفال الذين انصرفت عنهم  
الحواضن والاولياء، واكثره من الذين أجرم آباؤهم فوجهوهم إلى اسباب  
التشرذ بالاھمال المطلق أو تعويدهم عادات اجرامية أو تعويدهم مهانة النفس  
وعودهم اخضر كحملهم على تكفف الناس بالسؤال، فمن بين هؤلاء يولد  
التشرذ فى النفوس، وتمتد جذوره فيها، وتكون النفرة بين هؤلاء الاحداث  
وبين المجتمع الذى يعيشون فيه فينفرو منهم وينفرون منه وتولد فيهم روح  
البغض له والترصص له بالاذى.

لذلك عنى الاسلام بأمرين: أحدهما — تنظيم سلطان الولي على النفس  
والثانى — تسهيل أسباب العيش.

أما الامر الاول، فقد عني فيه الاسلام بأن يختار الولي على النفس ممن يهتمهم أمر الصغير بمقتضى الفطرة والعلاقة النسبية ويلحقهم عاره ان فسد، ويعود عليهم بالنفع والنصرة ان صلح وأولئك هم أقاربه الاقربون من أسرة أبيه. وقد اختلف الفقهاء فى عددهم ما بين مكثر ومقل، فالحنفية جعلوا هذه الولاية لكل العصبات بل جعلها أبو حنيفة لكل الاقارب، والشافعية جعلوها فى الاصول والفروع، والمالكية والحنابلة جعلوها فى الاب، ثم لمن يختاره القاضى بعد ذلك ليكون الولي تحت اشرافه ورقابته والقاضى فى أغلب الاحوال يعين من عصبته خاصة أو قرابته عامة، فهو لا يخرج عنهم، ولكن يختار منهم ولا يجعل للمجرد سلسلة النسب والقرابة الحكم المنفرد فى الامر، بل ذلك فى حال الاب فقط، أما من عداه فانه يكون بتخير القاضى لاس سلطان القرابة وحدها فقد يكون القريب البعيد أصلح من الاقرب منه فلا تكون الرعاية كاملة.

هذا نظر أولئك الفقهاء، أما الحنفية فقد جعلوا الحكم هو القرابة وقربا من غير قصر، ولا يتزع الطفل من أبدي أقاربه إلا اذا ثبت فسادهم ولا شك أن النظر الاول أحوط إذ الوقاية خير من العلاج.

ومهما يكن أمر اختلاف الفقهاء فى نظام التولية فان هناك امرا مقررنا ثابتا وهو أن الولي سواء كان معينا من قبل القاضى أم كانت القرابة القرية هى سبب توليه — لا بد أن يكون صالحا لان يربى الطفل وينشئه تنشئة يرجى منها الخير له ان كتب الله له الهداية والتوفيق، ولذلك اشترطوا فى الولي أن يكون بالغنا عاقلا قادرا على صيانة الطفل وتربيته وأن يكون أمينا فى نفسه وأن يكون أمينا على القاصر فلا تكون بينه وبين القاصر خصومة مالية وأن يكون هو فى ذاته صالحا غير فاسد لان هذه الولاية للاصلاح والحفظ والصيانة فلا يتولاها من اشتهر بالفساد.

ولذلك اذا كان أحد الاقارب الذى يستحق ضم الطفل اليه مفسدا لا يدفع اليه القاصر بل يدفع إلى من يليه اذا كان مصلحا وليس مفسدا.

- وان الامر فى تقدير الفساد والاصلاح هو للقاضى المختص وكان ولا يزال فى السودان يقدر الامر من غير نظام دقيق مقيد، وكان الامر فى مصر يسير على ذلك التحوالى أن جاء القانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ فلم يترك الامر إلى القاضى بالنسبة لبعض الاشخاص الذين دل ماضيهم على عدم الرجاء فى حاضرهم ومستقبلهم بالنسبة للاطفال فقرر أن تسلب الولاية اجباريا عنم يأتي :
- أ - من حكم عليه فى جريمة اغتصاب أو هتك عرض أو لجريمة من الجرائم التى يكون فيها تحريض على الدعارة وكانت الجريمة على من هو فى ولايته وكذلك من حكم عليه أكثر من مرة فى هذه الجرائم ولو لم تكن الجريمة على من هو فى يده.
- ب - من حكم عليه لجناية وقعت على نفس أحد ممن تشملهم الولاية أو حكم عليه لجناية وقعت من أحد هؤلاء .
- وسلب الولاية فى هاتين الحالتين سلب حتمى لا جوازى. ويلاحظ أن الفقرة الأخيرة تعتبر الولى مسئولاً عن جرائم القصر وتسلب منه الولاية اذا أدى اهماله إلى أن يرتكبوا جناية من الجنایات.
- ويكون سلب الولاية جوازيا فيما يأتي :
- أ - اذا حكم على الولى بالاشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة.
- ب - اذا حكم عليه فى جريمة اغتصاب أو هتك عرض أو تحريض على الدعارة ولم تكن الجريمة على من هم فى ولايته.
- ج - اذا حكم على الولى أكثر من مرة لجريمة تعريض الاطفال للخطر أو الحبس بغير سبب أو الاعتداء الجسيم ، اذا كانت الجريمة فى كل هذا على أحد ممن تشمله ولايته.
- د - اذا حكم بإبداء أحد المشمولين بولاية الولى فى دور الاستصلاح فان ذلك يكون دليلاً على أنه لا يحسن القيام على تربية من هو فى ولايته.
- هـ - اذا عرض الولى للخطر صحة أحد ممن تشملهم الولاية أو سلامته أو



أخلاقه أو تربيته بسبب سوء المعاملة أو سوء القدوة نتيجة الاشتهار  
بفساد السيرة أو الادمان على الشراب أو المخدرات أو بسبب عدم  
العناية أو سوء التوجيه ولا يشترط في هذه الحال ان يصدر ضد الولي  
حكم بسبب تلك الافعال .

وهذه الاحوال الجوازية ليس الجواز فيها معناه أن تطلق يد الولي بل  
ان الجواز انما هو في سلبها أو في وقفها كلها أو بعضها ولكن لا يجوز أن  
تطلق يده اطلاقا تاما.

ويجوز الحكم بسلب الولاية أو وقفها ولو كانت الاسباب الموسوعة  
لوقف قد وقعت قبل أن يتولى الولي على النفس ولايته.

ويجوز للمحكمة الجنائية حين تقضى بالعقوبة التي هي سبب لسلب  
الولاية أو وقفها أو الحد منها أن تقضى بذلك.

ولاشك ان هذه الاحكام التي نص عليها ذلك القانون ليست بعيدة عن  
الفقه الاسلامي انما هي في جوهرها تطبيق لاحكامه ، فهي تفصيل بعض  
أحوال الفساد التي تسوغ سلب ولاية الولي على النفس ، أو تقييدها أو وقفها ،  
أي سلبها أمد معلوما ، وذلك لا يمنع سلطان القاضي في سلب الولاية اذا  
تحقق لديه فساد ليس مما نص عليه ذلك القانون.

ولكن يجب أن نفق وقفة قصيرة في هذه المسألة فان القانون المذكور نص  
على سلب الولاية وجوبا أو جوازا في تلك الاحوال، ولكن من يتولى التبليغ إلى  
المحكمة لتسلب أو تقف أو تحد ليمنع الشر قبل وقوعه ، لاشك أن محكمة  
الجنائيات لها أن تسلب الولاية في حكمها ، ولكن ذلك جوازي لا وجوبي ،  
وكان ينبغي ان يكون وجوبيا ، خصوصا وانها لا تنبيه إلى ذلك إلا اذا كانت  
الجنائية على القصر وكان الحكم متضمنا سلب الولاية من تلقاء نفسه، وان  
لم ينص على ذلك في صيغته لان سلب الولاية كما هو في الحال الاولى حتى  
لا جوازي فهو يثبت بمقتضى الحكم ، وعلى محكمة الجنائيات أن تحيل  
الامر بعد ان تفصل إلى محكمة الاحوال الشخصية لتعين وليا غيره.

ولكن اذا كان الفساد ليس من هذه الانواع، أو منها، ولم يصدر الحكم بالسلب لانه جوازى، فمن الذى يتولى التبليغ؟ ان هذا الامر غير منصوب على حكم فيه، ولذلك يترك القاصر فى يد ذلك الولي الفاسد وقد يكون ذلك الفاسد محكوما عليه بالاشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة ولا أحد يفكر فى امر الاطفال الذين حجبتهم عنهم غياهب السجن، فلا يفكر فى أمرهم قضاء ولا نظم اجتماعية كافلة راعية، بل ان أمرهم يصير هملا، حتى تظهر منهم الجرائم أو يستشرى الفساد فى نفوسهم فعندئذ نفكر فى اصلاحهم أو فى توقي ضررهم وقد كان العلاج فى دائرة الامكان عند وجود سببه.

ولذلك نرى أنه يجب أن ينص فى قانوننا السودانى على ثلاثة أمور :  
اولها – أن تنشأ وحدات اجتماعية تقوم بدراسة القصر الذين هم فى ولاية غيرهم وخصوصا اذا كانوا يتامى قد فقدوا آباءهم الذين كانوا يقومون على تربيتهم، ولو كانوا اغنياء ذلك لانهم اذا كانوا أغنياء كانت عوامل الشر أوسع مدى والرغبة فى اموالهم قد تؤدي إلى ضياعهم وعدم القيام بتربيتهم. واذا لوحظ تقصير فى الرعاية من الاولياء سواء أكانوا الاباء أم غيرهم اتجهت الوحدة الاجتماعية إلى تبليغ دائرة الاحوال الشخصية لتتولى التحقيق وتعرض الامر على المحكمة المختصة لتفصل فيه.

ثانيها – أن تبلغ محكمة الجنايات فى كل حكم فيه تقييد للحرية الحكم إلى محكمة الاحوال الشخصية لتتولى نيابتها التحرى عن قصر هذا المحكوم عليه، من الذى يتولاها وما حالهم، فتبقى ولاية المحبوس أو فقها أو تعين وليا اذا كان الحبس لمدة طويلة أو كان المحكوم عليه غير صالح لان يستمر وليا لانه فاسد وولايته مفسدة.

وثالثها – أن تتولى الوحدات الاجتماعية دراسة حال القصر الذين تركهم ذووهم اما اجمالا أو لتقييد حريتهم أمدا طال أو قصر من ناحية

ما يتفقون منه ومن يتفق عليهم ، فان وجدتهم في حاجة إلى مساعدات اجتماعية تولتها وتعهدتها باستمرار إلى أن يزول السبب الذي استدعى ذلك الانفاق ، وانها بذلك تزيل أعظم سبب من اسباب التشرد في الصغار وهو الفقر واهمال الولي على النفس.

هذا نظام الولاية على النفس شرعا وقانونا ، ومصر وحدها من بين البلاد العربية هي التي نظمت الولاية على النفس باحكام قانونية منفصلة عن الاحكام الفقهية. ولقد قرر فقهاء الشريعة أنه اذا لم يكن للقاصر ولي يضم اليه أو دعه القاضي أمينا يقوم على رعايته وكفالاته والمحافظة على نفسه وماله ودينه ، ويربيه وينشئه .

ذلك قول الفقه ، ويصح في مثل هذه الحال أن يعهد به القاضي إلى هيئة تقوم بهذه الكفالة وتتولى هي تلك التربية ، على أن تنشأ تلك الهيئات وتنظم تنظيميا يضمن أن ترعى الاطفال رعاية تقوم مقام رعاية الاباء ، وان ذلك أيضا تطبيق لاقوال الفقهاء.

#### تسهيل العيش للقاصرين :

كما عني الاسلام بمن يتولى أمر تربية الطفل عندما ينتقل من دور الحضانة إلى دور الكفالة الابوية ، قد عني أيضا بعيشه وبمن يتولى ماله ، وامر تزويجه ولتتكلم كلمات يسيرة موضحة وان لم تكن مفصلة.

#### الولاية على المال :

نظم الفقه الاسلامي الولاية المالية ، كما نظم الولاية على النفس ، فجعل الولاية المالية للاب ثم من يختاره الاب بعد وفاته ولها على اولاده ، ثم للجد أبي الاب ثم من يختاره الجد وصيا على أحفاده بعد وفاته فان لم يكن أب ولا جد ولا وصى لهما ، كانت الولاية لمن يعينه القاضي المختص وقد فوض الشرع أمر الطفل وماله إلى أبيه اذا كان أبوه حسن الرأي والتدبير وكان أمينا

على نفسه وماله ، ولم يقيده فى تصرفاته إلا بالاحكام الشرعية العامة كما قيده بقيد واحد خاص وهو ألا يتبرع من مال الصغير ولا يتصرف تصرفا فيه غبن فاحش عليه لان ذلك بالنسبة لماله ضرر محض وهو يتولى امره لمصلحته المالية ، لا لنقص أمواله.

واذا كان الاب غير أمين نزع أموال ولده من يده ، لان ضرر هذه الولاية اكبر من نفعها فيكون أمر لإدارة أمواله إلى من يكون أصلح وأحفظ وأصون .

ولو كان الاب سىء الرأى والتدبير ولكنه أمين كانت تصرفاته تحت اشراف القاضى مع بقاء ولايته لينتفع بامانته ويتقى سوء رأيه ، ولا يجوز له من التصرفات من غير اشراف إلا التصرفات الواضحة المصلحة .

ولقد جاءت القوانين المصرية التى كان آخرها القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ منظمة لتلك الاحكام غير مخالفة لجوهرها ، وان قيدت اشكالها ووصفتها فى ضوابط نظامية ، ولكنها جعلت ولاية الاب فى كل احواله تحت اشراف القاضى ولو كانت ولايته ورأيه كاملين ، إلا اذا كان المال الذى آل إلى الصغير هو من تبرع أبیه له ، فانه تكون ولايته من غير أى رقابة عليها ، وذلك لتشجيع الالباء على التبرع لابنائهم ولانه محسن إلى ابنه بتبرعه ، وما على المحسنين من سبيل.

واذا انتقلت الولاية إلى الجد أو إلى الاوصياء المختارين من قبل الاب أو الجد أو الذين يعينهم القاضى المختص فان الولاية تكون مقيدة ولا تكون مطلقة ، وتكون تحت اشراف القاضى سواء اكانوا حسنى الرأى والتدبير أم لم يكونوا ، وذلك لان شفقة هؤلاء دون شفقة الاب ، ولان الاساس فى الولاية مصلحة المولى عليه ، وهذه المصلحة ليست مؤكدة فى حال هؤلاء ولو كانوا أمناء.

ولاشك أن الاساس فى ولايتهم الامانة فاذا فقدوها زالت عنهم الولاية

أو استحقوا أن تزول وعزلهم القاضى ، وولى بدلهم من يصلح ، أو وقف هذه الولاية اذا كان الجد هو الذى يتولاها .

والقوانين الحاضرة المصرية التى كان آخرها القانون المشار اليه آنفاً وهو القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ قد نظم هذه الولاية وبين شكل رقابتها والنظم التى يتبعها المتولون فى بيعهم وشرائهم وسائر تصرفاتهم فى أموال القاصر ، وهو لا يخرج عن لب الشريعة ، وان أتى بقيود شكلية نفذت بها المعانى الشرعية وجبذا لو اصدر المشرع السودانى قانونا ينظم هذه الولاية ويبين شكل رقابتها .

#### نفقة الطفل :

اذا كان الطفل له مال فنفقته من ماله ، بل انه اذا كان له قريب فقير عاجز عن الكسب وجبت نفقة الفقير فى مال الصغير يفرض القاضى هذه النفقة ، وان الطفل ان كان غنيا والاب كان فقيرا كانت نفقة الاب فى مال الصغير ، وان هذه حقوق مالية والتزامات شرعية ثبتت بحكم الشرع وخلاصتها أن الفقير من الاسرة تكون نفقته فى مال الغنى من غير فرق بين غنى صغير وغنى كبير .

واذا كان الطفل فقيرا فإن نفقته تكون على أبيه اذا كان أبوه غنيا ، أو كان قادرا ، وقد قرر الفقهاء فى ذلك قاعدة مطردة ، وهو أنه لا يشارك الاب فى نفقة اولاده أحد ، ولو كان الاب قادرا على العمل ولكنه فقير فان فقره لا يغيه من ذلك الواجب الثابت بحكم القانون ، ولكيلا يضيع الطفل وجب على من يلى الاب فى هذا الواجب اذا لم يكن الاب موجودا أن ينفق ويكون ما ينفقه ديناً على الاب يؤديه اذا أيسر .

واذا كان الاب غير موجود ، أو كان موجودا ، ولكنه عاجز عمن الكسب عجزا مطلقا فان النفقة تكون على قرابته الاغنياء مرتبين على حسب الارث كما هو المذهب الحنفى الذى اختارته حلقة الدراسات الاجتماعية

التي انعقدت في دمشق في ديسمبر سنة ١٩٥٢ وجعلته أساسا لتنظيم نفقات الأقارب التي اعتبرت جزءا من التكافل الاجتماعي الاسلامي في الأسرة .

وخلاصة ذلك أن من يرث الفقير العاجز ان مات غنيا تجب عليه نفقته في حال العجز لان الغرم بالغنم فمن كان يغنم الميراث ، وجبت عليه النفقة ، والحقوق والواجبات متقابلة ، وقد أشرنا إلى ذلك من قبل .

### العلاقة الانسانية في الاسره :

ان العلاقات الانسانية في الاسرة الاسلامية تقوم على عناصر ثلاثة ، أولها احترام الشخصية في الاسرة ، ثانيها المساواة في المعاملة ، ثالثها المحبة الواصلة والود البائث المستمر ، ولنشر إلى كل واحد من هذه بكلمة موضحة .

### احترام الشخصية :

ان الفرد في الاسرة يدمج فيها ، فالابناء يدمجون في الآباء والاخوة يتحدون ويتعاونون والزوجان يتدمج كل واحد منهما في صاحبه ، ويتدمج فيهما أولادهما ولكن مع هذا الاندماج لاتفنى شخصية كل واحد من أحاد الاسرة في سائرهما ، بل كل له كيانه وشخصيته الذاتية وتتلاقى هذه الشخصيات ويتكون منها بناء الاسرة ، من غير أفناء للذاتية الشخصية .

ولذلك كان للزوجة مع اندماجها في زوجها شخصيتها الكاملة ، فلها الولاية التامة على نفسها ومالها وليس للزوج أن يتصرف في مالها الا باذن منها ، فان لم يأذنها كان تصرفه في حكم التصرف في مال أجنبي لا ينفذ إلا باجازتها وذلك عند الحنفية ، وقال جمهور الفقهاء يبطل تصرفه ، وذلك حق لم تعترف به الشرائع الوضعية للمرأة كاملا على الوجه الذي بينوه ، فإن الاسلام جعل للمرأة الحرية المطلقة في التصرف في مالها لا يقيد بها بقيد البالغ العاقل الرشيد في التصرف في ماله ، ولم يشذ عن هذا إلا رأى لمالك روى عنه ، وهو أن المرأة لها أن تتصرف في كل شيء بالتبرع أو غيره إلا أنها اذا كانت زوجة فإنها لاتتبرع بأكثر من ثلث مالها .

وان شخصية الاولاد أمام أبيهم محترمة ، فالولاية الابوية تنتهى عند البلوغ عاقلا رشيدا فاذا بلغ ذلك المبلغ كانت له الولاية التامة على ماله ونفسه ، وليس لايه أو غيره أن يتدخل فى شئونه المالية أو غيرها إلا أن يحجر عليه ، فيكون للقاضى أن يقيد تصرفاته ويقيم عليه قيما .

فالولاية الشخصية فى الشريعة الاسلامية حق طبيعى يثبت بمجرد تحقق سببه وهو البلوغ والعقل والرشد ، وليس منحة يمنحها الشخص من الاب ، وأين من هذا القانون الرومانى الذى يقده علماء القانون فى فرنسا وغيرها فان الابن مهما يبلغ مبلغ الرجال لايتال الولاية على نفسه وماله إلا اذا أعطاه الاب هذه الولاية له من أبيه مادام حيا ، فالحرية الشخصية التى تمثلها ولاية الرجل على نفسه منحة من الاب وليست حقاً شرعياً يستمده من قانون الحياة ونظام الفطرة وذلك فى نظر القانون الرومانى .

#### المساواة فى الاسرة :

تقوم العلاقات فى الاسرة على المساواة فى الحقوق والواجبات ، وان العلاقة بين الاخ وأخيه تقوم على المساواة ، ليس لاحدهما أن يتحكم فى الآخر ، أو ان يسلب الكبير الصغير وان كان الاسلام قد حث على احترام الكبير والرفق بالصغير .

والاولاد متساوون أمام أبيهم ، ولقد قال فى ذلك النبى صلى الله عليه وسلم «سوا بين أولادكم فى العطية ولو اخترت لفضلت النساء على الرجال» وقد قال ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم لرجل كان قد وهب لبعض أولاده ولم يهب للباقى فنهاه النبى عليه الصلاة والسلام عن ذلك بهذا الحديث . وقد قرر الفقهاء بالاجماع أنه يكره للرجل أو المرأة ، أن يعطى أحدهما بعض أولاده دون البعض ، وقد قرر الامام أحمد أن من يهب لبعض أولاده هبة ويترك الآخرين تكون هبته باطلة لما فيها من مخالفة لذلك الحديث النبوى الشريف .

وأن النهى عن المحاباة فى الهبة له مغزاه لان ايثار بعض الاولاد بعتاء دون الباقيين يلقى فى قارب المحرومين بالبغض والعداوة ، فتتقطع أوصال الاسرة وتحمل البغضاء محل المودة وذلك مانراه فى أسر الذين ينحرفون ذلك الانحراف.

#### المودة الواصلة :

انها العلاقة الانسانية العليا التى تحكم الاسرة وتحميها من عوامل التفكك والانحلال وقد بينها فيما سبق من قولنا.

هذه اشارات موجزة إلى احكام الاسرة فى الاسلام ودعائهما ، وأن الاسلام لو اتبع على وجهه فى تنظيم الاسرة لأعطى كل ذى حق حقه ، ولا تمتنع عن كل عوامل التفكك التى تساورها ، وانه اذا أريد تنظيم قوى متين ازاء ما يعتور الاسرة الاسلامية الان بسبب عوامل الانحلال التى تغد البنا محملة بأوزار الغرب وما فى أسرهم من انحلال ، فإنه يجب ألا تتجاوز أحكام الاسلام فى ذلك الامر ، فانه أمر لا يصلح آخره الا بما صلح به أوله ، وان الاسرة الاسلامية كانت أقوى وما زالت بحمد الله أقوى من الاسرة فى الغرب والشرق ، فعلينا ألا نترك ما كان سبب قوتنا إلى ما يكون سبب انحلالنا ، والله سبحانه قد حد الحدود ورسومها « ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه » اللهم قنا شر أعدائنا وشر أنفسنا انك سميع مجيب الدعاء.

هذا وان موضوع هذا البحث هو ولاية الترويج أو النيابة فى ترويج الصغير ، ولما كان هذا الموضوع يعتبر من موضوعات الأحوال الشخصية التى لها اهميتها الخاصة عندنا فى السودان ، فأننى سأبحث فيه بحثاً مقارناً من ناحيتين

الناحية الأولى :

مقارنة بعض المذاهب الإسلامية بعضها مع بعض وفى هذه الناحية سنرى أن المذهب المالكي أنسب المذاهب الإسلامية للعمل به فى السودان.



## الناحية الثانية :

مقارنة المعمول به في جمهورية السودان بالمعمول به في الجمهورية العربية المتحدة وسنرى في هذه الناحية أن ما عليه العمل في السودان يحتاج للائم ما فيه مجتمعنا اليوم إلى بعض التعديلات.

هذا وسوف اراعى في هذا البحث الامور الآتية:

١ - أخذ ما اراه مهما للبحث من المراجع الكثيرة في الفقه الاسلامى للفقهاء القدامى والمحدثين.

٢ - سيكون همى أن أصل إلى نتيجة من البحث فى حدود ما يتهاى لى من الاسباب.

## تقسيم البحث :

مقدمة وتمهيد (وقد تقدما)

الباب الأول : فى الولاية فى المذاهب الإسلامية .

الفصل الاول : تعريف الولاية بوجه عام.

ولاية الاجبار وتعريفها - ولاية الاختيار وتعريفها - وأسبابهما بوجه عام وشروط الولى فى الفقه الاسلامى.

المبحث الاول - ١- من تثبت له ولاية الاجبار

- ٢- من تثبت عليه ولاية الاجبار

المبحث الثانى - ١- من تثبت له ولاية الاختيار او الاستحباب

- ٢- من تثبت عليه ولاية الاجبار او الاستحباب

المبحث الثالث - ١- الوكاله فى الزواج فى المذاهب الاسلامية

المبحث الرابع - ١- ما يسلب الولاية بوجه عام

المبحث الخامس - ١- احكام تزويج الصغيرة وما اختلفوا فيه منها

- ٢- احكام تزويج الكبيرة وما اختلفوا فيه منها

المبحث السادس - ١- زواج القاصر فى التشريع المسيحى .

- ٢- زواج القاصر فى بعض القوانين الغربية

الفصل الثانى : احكام الغيبه والعضل والرضى

المبحث الاول ١ - غيبة الولى واحكامها .

٢- الغيبة البعيدة فى المذاهب المختلفه

٣- الغيبة القريبة فى المذاهب المختلفه

المبحث الثانى ١- أحكام العضل

٢- عضل الولى المجبر

٣- عضل الولى المختار

المبحث الثالث ١- ما يكون به الرضى فى الزواج .

٢- ما يكون به رضى البكر فى المذاهب المختلفه

٣- ما يكون به رضى الثيب فى المذاهب المختلفه

المبحث الرابع ١- أحكام المفتات عليها.

المبحث الخامس ١- ما يكون به الرضى فى بعض المذاهب المسيحية وبعض

القوانين الاوربية الحديثة.

المبحث السادس ١- الرضى ولاذن فى التشريع المسيحى

الفصل الثالث :

١ - تلخيص لبعض مسائل الخلاف المتقدم ذكرها.

الباب الثانى : نظرة عامة فى الولاية

الفصل الاول : نظرة عامة (من النصوص) فى ولاية الترويج

(فى بعض المذاهب التى مر ذكرها).

الفصل الثانى : بحث مقارن فى :

اختلافهم فى :

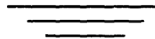
- (أ) هل تعقد المرأة لنفسها أو لغيرها.  
(ب) من تثبت له ولاية الاجبار ، فى الفقه الاسلامى وفى الشريعة المسيحية.  
(ج) هل للوصى ولاية ؟  
(د) هل تحدد سن للزواج فى الشريعة الاسلامية وفى التشريع المسيحى.

#### الفصل الثالث :

- ١ - ما عليه العمل فى جمهورية السودان.  
٢ - ما عليه العمل فى الجمهورية العربية المتحدة.

#### الفصل الرابع :

ملاحظات عامة فى التشريعين السودانى والمصرى  
نتيجة البحث - مقترحات  
خاتمة البحث.



# الباب الاول

## الولاية في المذاهب الاسلامية

الفصل الاول : تعريف الولاية بوجه عام

مقدمة:

قبل أن يستكمل الانسان أهليته (١) للأداء كلها يسمى في اصطلاح الفقهاء قاصرا.

---

(١) يراجع كتاب أصول الفقه للامام الشافعي محمد زكريا البردي طبع سنة ١٩٦١ جاء في ص ١٣٥ فما بعدها ما يأتي :

«أهلية الانسان .... في لسان الشرع عبارة عن صلاحية الانسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه....»

والأهلية نوعان:

النوع الأول – أهلية الوجوب.

النوع الثاني – أهلية الأداء

أهلية الوجوب: صلاحية الانسان لأن يكون له حقوق وعليه واجبات وأساس ثبوت هذه الاهلية الحياة.....

أهلية الأداء: صلاحية المكلف لأن تعتبر أفعاله وأقواله شرعا بحيث اذا صدر منه عقد أو تصرف ترتب عليه حكمه. .... وأساس ثبوت هذه الأهلية التمييز لا الحياة...

أنواع أهلية الوجوب: لأهلية الوجوب نوعان أهلية وجوب ناقصة وأهلية وجوب كاملة فأما أهلية الوجوب الناقصة: فهي التي تثبت للانسان وهو جنين في بطن أمه...

وأما أهلية الوجوب الكاملة: فهي التي تثبت للانسان منذ ولادته فالانسان حين يولد يصلح لاكتساب الحقوق وحمل الواجبات اما أصالة واما نيابة.....

أنواع أهلية الأداء: نوعان أهلية أداء قاصرة وأهلية أداء كاملة.

أهلية الأداء القاصرة: هي التي تثبت للانسان من منازعته السابعة من عمره حتى البلوغ اذ هذه المدة يكون الانسان فيها ناقص العقل....

سواء أكان فاقدا هذه الأهلية كلها كالصغير غير المميز أم كان ناقصها كما في المرحلة بين سن التمييز والبلوغ والرشد.

والقاصر يحتاج إلى ما يقيم حياته ويحسن أحواله لضعفه الجسمى وعجزه العقلى ويحتاج إلى من يتولى تدبير شئونه الشخصية والمالية ، ذلك نجد الفقهاء فى الشريعة الاسلامية اهتموا بدراسة أحكام الولاية بوجه عام وأعطوا ولاية تزويج الصغير عناية خاصة لما لها من الارتباط الوثيق بنظام الأسرة ورعاية مصالحها .

### تعريف الولاية :

الولاية - بفتح الواو وكسر ها - فى اللغة مصدر ولى بمعنى ملك الأمر وقام به ، ومن معانيها السلطة ، والنصرة .

الولاية - فى اصطلاح الفقهاء - هى سلطة شرعية تقتضى أن ينفذ الانسان بها قوله رضى غيره ام أبى (١).

وهذا التعريف يبين لنا حكم الولاية ويعرفنا بأن أثرها ينفذ بدون توقف على رضا المولى عليه ، ويمكننا أن نشرحه بتوضيح حقيقة الولاية فنقول : ان الولاية هى أن يقوم انسان راشد على قاصر ( أو من فى حكمه من ناقصى الأهلية أو فاقديةها) بتدبير شئونه الشخصية أو المالية أو هما معا .

---

يتبع : أهلية الأداء الكاملة : وهى التى تثبت للانسان منذ ظهور علامة من علامات البلوغ المعروفة أو منذ تمام الخامسة عشر عند أكثر الفقهاء فمتد بلوغ الانسان تثبت له أهلية أداء كاملة فيصح من البالغ العاقل جميع العقود والتصرفات الشرعية وتترتب عليها آثارها وكما يصح منه ذلك يؤاخذ بأعماله الضارة منه مؤاخذه كاملة....

عوارض الأهلية : عوارض الأهلية هى الأمور التى تطرأ على الانسان بعد كمال أهلية الأداء فتؤثر فيها بالازالة كالجنون أو النقصان كالمتة أو تؤثر فيها بتغير بعض الأحكام بالنسبة لمن عرضت له من غير تأثير فى أهليته كالفلة والدين....

---

(١) يراجع كتاب النجاة عن الغير فى التصرف للاستاذ الشيخ على الخفيف ص ٧.

وهذا الانسان الراشد تثبت له الولاية بطريق الايصاء كالوصى وبطريق  
الاقامة كالقيم على السفه وبطريق الوكالة كالوكيل إلا أننا فى بحثنا سوف  
لا نتعرض إلا للولاية على النفس التى تثبت غالبا للقريب على قريبه.

وهذه الولاية التى هى على النفس تتناول بمعناها العام ضروبا (١) من  
القيام على نفس المولى عليه كولاية الحضانة وهى ولاية ضم الصغير فى سن  
معينة والقيام على شئونه فيها من تربية وتأديب وولاية ضمه بعد هذه السن  
والقيام على تعليمه وتهذيبه وتوجيهه والولاية على تزويجه وهذا النوع الاخير  
وهو الولاية على تزويجه هو الذى ينحصر بحثنا فيه.

فالولاية على تزويج المولى عليه تنقسم إلى نوعين :

#### النوع الاول : الولاية الإجبارية

وهى التى يثبت فيها للولى حق تزويج مولىه جبرا عنه بدون استئذانه  
كولاية الأب على ابنته البكر الصغيرة.

#### النوع الثانى : الولاية الاختيارية

وهى التى يثبت معها للولى حق تزويج مولىه مع رضاه واستشارته فيه  
دون أن يكون له حق اجباره كولاية الأخ على أخته البالغة العاقلة. (٢)

فالولاية على النفس فى التزويج التى تتعلق موضوعنا بدراسة الأحكام  
الخاصة بها يتولاها غالبا الأقرب فالأقرب من أقارب القاصر من العصبات (٣)  
بأنفسهم على ترتيب الارث والحجب فمن كان مقدما على غيره فى الارث  
فى الغالب مقدم عليه فى الولاية حسبما سنوضح فيما بعد.

---

(١) يراجع كتاب النيابة عن الغير فى التصرف لاساذنا الشيخ على الخفيف ص ٩.

(٢) هذا خلافا للحنفية فانهم يقسمون الولاية إلى قسمين ولاية اجبار كولاية العصبات  
على البنت الصغيرة ثيبا كانت أو بكرا وولاية استعجاب كولاية العصبات على البالغة  
العاقلة لأن من حقها أن تستبد بتزويج نفسها من تختار وسيأتى بيان ذلك.

(٣) العصبية بنفسه فى نظام الارث هو كل قريب ذكر ليس فى سلسلة نسبه اثني كالاين والمم.

هذا ، والولى فى أغلب المذاهب الاسلامية يتوقف عليه صحة العقد.

## اسباب الولاية (١)

اسباب الولاية عند المالكية :

ان اسباب الولاية عندهم بالترتيب كالاتى :

١ - السبب الأول - الملك (٢)

الولاية الناشئة عن الملك هى ولاية السيد على رقيقه وهى لم تعد سببا فى واقع حياتنا العملية اليوم لهذا سترك التوسع فى بحثها ومثلها الولاية الناشئة عن العتق وهى التى تثبت للمعتق على من أعتقه ومثلها الناشئة عن الموالاة أيضا (٣).

فالمملك عند المالكية سبب لولاية الاجبار فالمالك عندهم ذكر كان أو أنثى له حق الولاية على أمته وعبيده إلا أن المالك اذا كان أنثى وكلت من يعقد نيابة عنها لأن النكاح عندهم لا يعتقد إلا بالذكور.

٢ - السبب الثانى - الأبوة

الأبوة سبب عند المالكية فى المرتبة الثانية بعد الملك وهى سبب يخول

(١) السبب فى اصطلاح علماء الأصول هوكل وصف ظاهر منضبط دل الدليل السمعى على كونه معروفا لحكم شرعى، وهذا التعريف يشمل الوصف الذى بينه وبين الحكم مناسبة ظاهرة والذى ليس بينه وبين الحكم مناسبة ظاهره. فأسباب الولاية المذكورة فى بحثنا جعلها الشارع أسبابا لها لأنها منضبطة وبينها وبين الحكم مناسبة ظاهرة. يراجع كتاب أصول الفقه للشيخ البردسوى ص ١٠١ فما بعدها.

(٢) للمالك عند المالكية اجبار وقيقه الصغير والكبير على النكاح ثيبا كانت الانثى أو بكرا مالم يقصد السيد الاضرار بهما فلا يجوز كأن يزوجهما من ذى عاهة أو مجنوم أو أبرص وما لم يكن مبعضا أو مدبرا أو مكاتبا.

(٣) الولاية المترتبة على ولاء الموالاة غير موجودة الآن، ولاء الموالاة شيت بالتعاقد بين اعجمى حر وآخر يتعاقد معه على أن يرثه الآخر اذا مات ويقبل عنه اذا جنى ويحيى مولى الموالاة فى الارث بعد ذوى الارحام.

للأب اجبار ابنته البكر ما لم يرشدها أبوها على غير المشهور أو تقيم في منزل الزوجية سنة وتنكر أن زوجها مسها وله اجبار ابنته الثيب ان صغرت لأنها في حكم البكر لبقاء الجهل بالمصالح وله اجبار ابنته المجنونة أيضا ؛ ولو كانت بالغة أو ثيباً.

والعلة في تقديم سبب الملك على سبب الابوة هي أن تصرف صاحب الملك أقوى في مملوكه من تصرف الأب في ابنته ولأن المملوك مال ولصاحب الملك أن يصلح ماله بأي وجه شاء (١).

### ٣ - السبب الثالث - الإيصاء.

هو سبب يخول للموصي جبر الموصى عليها عند المالكية بشروط هي :

(١) أن يأمره الأب أمراً صريحاً أو تضمناً بجبرها. أو يعين له الزوج أما إذا أوصاه فقط من غير تعيين ، فإن اللخمي يقول بأن له حق جبرها خلافاً لعبد الوهاب الذي لا يرى ذلك.

(٢) أن تكون الموصى عليها ممن للأب حق جبرها كالبكر ولو عانساً (٢) على المشهور .

(٣) وأن يبذل الزوج مهر مثلها ولا يكون فاسقاً.

فاذا لم تتوفر هذه الشروط فخلافاً والراجح عندهم الجبر (٢).

---

(١) يراجع الغرشي ج ٣ ص ١٧٦

(٢) العانس عند المالكية هي من بلغت الثلاثين أو الثلاث أو الأربعين أو الخمس والأربعين أو الخمسين على خلاف بينهم وعلى أي حال هي من طالت أقامتها عند أهلها ولم تتزوج وقد عرفت مصالح نفسها.

(٣) جاء في محشى الشرح الكبير للدردير ص ٢٢٤ « الحق كما قال شيخنا العدوي أن الراجح الجبر ان ذكر البضع أو النكاح أو التزويج بأن قال له الأب أنت وصى على بنتي أو على نكاح بنتي أو على تزويجهن أو وصى على بنتي تزويجهن من أحببت وان لم يذكر شيء من الثلاثة فالراجح عدم الجبر كما اذا قال وصى على بنتي أو على بنتي فلا تة واما اذا قال وصى فقط أو على مالى أو على بيع تركتى أو قبض ديني فلا جبر اتفاقاً.



#### ٤ - السبب الرابع - الامامة :

الامامة ( وما تفرع منها كولاية الحكام المحليين أو من فوض اليهم كالقضاة) سبب من اسباب الولاية لان الشارع جعل الامام كفيلا بتحقيق أغراض الرعية وحفظ مصالحها، وجعله نائبا عن المسلمين فى القيام بأمرهم العامة واضطلاعه بها وحملهم على الجادة وتوجيههم إلى ما فيه صلاحهم .  
فله عند المالكية الحق فى جبر المجنونة ولو ثيبا بالغة، إذا لم يكن هناك أب، وما لم تكن ممن ينتظر افاقتها. فان كانت ممن ينتظر افاقتها انتظرت لتأذن اذا كانت ثيبا بالغة، كما له أن يزوج ابنته الغائب المجبرة دون غيره من الأولياء فى غيبته البعيدة إذا لم يرج قدومه بسرعة ولو لم يستوطن ولو دامت نفقتها ولم يخف عليها ضيعة واذنت واذنها صماتها مالم يخف فسادها فان له أن يزوجها ولو جبرا على المعتمد فى المذهب (١).

هذه الأسباب الأربعة هى الأسباب عند المالكية التى تخول لأصحابها جبر المولى عليها: اذا توفرت الشروط اللازمة لها. وأما أسباب الولاية الاختيارية عندهم فهى أيضا الملك والقربة النسبية، وهى الآتية من من جهة القربة، والقربة الحكمية وهى الآتية من العتق والكفالة، وهى سبب فى الولاية لمن قام بأمر بنت مات أبوها وغاب أهلها حتى بلغت عنده، سواء كان مستحقا لحضانتها شرعا أو كان أجنبيا فله أن يزوجها باذنها (٢).  
ثم ولاية الحكم وتكون سببا للسلطان أو القاضى أن يثبت لديه خلوها من الأزواج وأنه لاولى لها أو عضلها أو غاب عنها وليها غيبة بعيدة ورضيت

(١) يراجع الشرح الكبير للدردير ج ٢ ص ٢٢٩

(٢) يراجع الشرح الكبير للدردير ج ٢ ص ٢٢٥ جساء فيه «أن كفل المرأة عشرا من الاعوام أو أربعا أو أن كفل ما (أى زمتا) يشفق فيه بأن يحصل فيه الشفقة بالفعل عليها (تردد) أظهره الأخير (وظاهرها) أى المدونة (شرط الدئامة) للمرأة المكفولة بأن يكون لا قدر لها فلا يزوجها الا الحاكم والكافل حيثند من جملة عامة المسلمين والمعتمد ظاهرها ».

ويراجع الخرشى ج ٣ ص ١٧٦

بالزوج وانه كفؤها في الدين والحرية والحال والمهر عند غير المالكية، ثم ولاية عامة المسلمين إذا لم يوجد من ذكروا زوجها أى فرد من المسلمين باذنها حيث علم خلوها من موانع النكاح لقوله تعالى « والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض » ومتى قام بها واحد من المسلمين سقطت عن الباقيين.

#### أسباب الولاية عند الحنفية :

الحنفية يذهبون إلى أن الولاية قسمان، ولاية استحباب وتكون على البالغة العاقلة بكرا كانت أو ثيبا وجعلوا من حقها أن تستبد بتزويج نفسها ممن تختار اذا كان الزوج كفأ والمهر مهر مثلها ولا يجبرها الولي وانما يستحب لها أن يتولى عقدها نيابة عنها ؛ وولاية اجبار وتثبت على الصغير مطلقا فلوليها أن يستبد بتزويجها.

وتثبت هذه الولاية بواحد من الاسباب الآتية على الترتيب :

(١) الملك ولم يعد سببا قائما في واقع حياتنا اليوم.

(٢) القرابة النسبية وتكون سببا للعاصب بنفسه على ترتيب الارث والحجب.

(٣) القرابة الحكمية كقرابة المعتق للمعتق.

(٤) الامامة وهي ولاية الحاكم (١).

#### أسباب الولاية عند الشافعية :

والولاية قسمان كما هي عند المالكية ولاية اجبار وولاية اختيار وأسبابهما تلخص في القرابة النسبية، وهذا السبب لا يكون الولي معه مجبرا إلا أن يكون أباً أو جدّاً ، وأما ولاية الاختيار فإنها عندهم لساير العصبات كالارث ثم يأتي في الترتيب بعد القرابة النسبية الحكمية للمعتق وعصبته ثم

---

(١) يراجع البدائع للكاساني ج ٣ ص ٢٤١ وزيد الايباني في كتابه الاحوال الشخصية ج ١ ص ٥٩ . ويراجع فتح القدير ج ٢ ص ٣٩١.

السلطان كالقاضي والمتولى لعقود الانكحة (١).

### أسباب الولاية عند الحنابلة:

الحنابلة في تقسيم الولاية كالشافعية والمالكية وترتيب أسبابها كالآتي:

(١) القرابة النسبية وتكون سببا لولاية الاجبار في الاب فقط، وأما في حال الاختيار فهي للعصبات من الأقارب ولا تكون لغيرهم كالأخ من الأم والخال وعم الأم على الراجح عندهم، وفي رواية لأحمد أن كل من يرث بفرض أو تعصيب له حق الولاية لانه من أهل ميراثها.

(٢) ثم القرابة الحكمية وتكون للمولى المنعم ثم أقرب عصبته.

(٣) ثم الامامة وتكون للسلطان عند عدم أوليائها أو عضلهم لقوله صلى الله عليه وسلم (السلطان ولى من لا ولى له) والسلطان هو الامام أو الحاكم أو من يوصى اليه.

ومثل الحاكم في هذا الحق كل من استولى من أهل البغي وكان له سلطان.

(٤) فإن لم يوجد للمرأة ولى ولا ذو سلطان يزوجه رجل عدل باذنها (٢) من عامة المسلمين.

### شروط الولاية في الفقه الاسلامي

شروط الولاية في المذهب الحنفي (٣):

اتفق أئمة الحنفية على أن شروط (٤) الولاية هي:

---

(١) نهاية المحتاج ج ٦ ص ٢٦

(٢) المغنى ج ٦ ص ٤٦٠ فما بعدها.

(٣) يراجع فتح القدير ج ٢ ص ٣٩١ طبعة ١٣٤٥ هـ.

(٤) الشرط هو ما يتوقف وجود الحكم على وجوده وجودا شرعيا بأن يوجد الحكم عنده لا به ويكون خارجا عن الماهية ويلزم من عدمه عدم الحكم وعليه فان كل شرط لشيء لا يتحقق ذلك الشيء ولا يعتد به إلا اذا تحقق الشرط وان لم يكن جزءا من حقيقة ذلك الشيء.

- ١ - العقل - فهو شرط فى انعقاد النكاح، فالنكاح لا ينعقد بالمجنون أو الصبى الذى لا يعقل.
- ٢ - البلوغ - فالعقد لا يكون نافذا إلا بالبلوغ فالصبى الذى لا يعقل اذا عقد صح عقده الا أنه لا ينفذ إلا باجازة وليه.
- ٣ - الحرية - أيضا هى شرط لنفاذ العقد لان العبد ينعقد عقده إلا أنه لا ينفذ إلا باجازة السيد لان هذه الولاية نظرية ولا نظر للعبد لعجزه عن تحصيل الكفء لاشتغاله بخدمة مولاه.
- ٤ - واتحاد الدين بالنسبة لزواج المسلمة وعليه فلا ولاية لذى على مسلم ولا العكس.
- ٥ - أن يكون أهلا للارث.

ولم يشترط الحنفية العدالة بمعنى استقامة الولى وأجازوا ولاية الفاسق ولا الذكورة لأن أبا حنيفة جعل الولاية للأثنى فى بعض الأحوال.

### شروط الولاية فى المذهب المالكى :

اتفق المالكية على أن شروط الولاية هى :

- ١ - الذكورة : لأن الانثى لاتلى امر نفسها عندهم .
- ٢ - البلوغ : لأن الصغير لانظر له صائب ولا تجارب له كثيره .
- ٣ - العقل : لأن المجنون لا ولاية له على نفسه ومثله المجنون والمعتوه .
- ٤ - الحرية : لأنه مشغول بخدمة سيده فلا تتحقق له التجربة والخبرة .
- ٥ - الاسلام : لقوله تعالى « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ».
- ٦ - الرشد : اختلفوا فيه ولكن المشهور عند أكثرهم أنه ليس بشرط (١)

---

(١) يراجع كتاب الشيخ معوض مصطفى سرحان فى الأحوال الشخصية أول باب الولاية.

وقد قال بعض المالكية : العدالة ليست بشرط في صحة الولاية وانما هي شرط في كمالها (١).

### شروط الولاية في المذهب الشافعي :

اتفق الشافعية على أن شروط الولاية هي :

- ١ - الحرية فلا تصح الولاية من رقيق.
- ٢ - الذكورة المحققة فلا تصح الولاية من انثى ولا خنثى.
- ٣ - العدالة ومن لوازمها الاسلام والتكليف ومن لوازم التكليف البلوغ والعقل فلا تصح الولاية من صبي ولا مجنون لعدم ولايتهما عندهم.
- ٤ - اختلفوا في وجوب أن يتمتع الولي بالسمع حقيقه وبالبصار أى المشاهدة فعلى وجوبهما يخرج من الولاية عندهم من فقدهما كالأصم والأعمى (٢).

٥ - أن لا يكون محجورا عليه لسفه.

٦ - أن لا يكون مخالفا في الدين.

### شروط الولاية عند الحنابلة (٣) :

يشترط عندهم في الولاية ما يأتي :

- ١ - أن يكون الولي ذكرا ؛ لأن الانثى عندهم لاتلى أمر نفسها .
- ٢ - أن يكون الولي بالغاً فلا يصح من صغير لقصر أمره عن تدبير شئون غيره

---

(١) الذى يظهر لى أن العدالة عند المالكية شرط في كمال المسبب أى المقد لا شرط في كمال السبب وهو الولاية لأن الولاية بدون العدالة عندهم صحيحة إلا أن أثرها وهو المقد يكون أقوى في ترتب آثاره عليه كلما أمكن أن يكون الولي عدلا.

(٢) يراجع كتاب نهاية المحتاج ج ٦ ص ٣١٣ طبعة سنة ١٣٥٧ هـ.

(٣) يراجع كتاب غاية المنتهى في الجمع بين الاقناع والمنتهى للشيخ مرعى بن يوسف الحنبلي ج ٣ فصل الولاية. والمننى لابن قدامة ج ٦ ص ٤٤٨ فما بعدها.

٣ - أن يكون الولي حرا فلا تصح الولاية من رقيق لأنه لا ولاية له على نفسه إلا أن يكون مكانبا فله أن يزوج أمته.

٤ - اتفاق الدين إلا لسلطان فان له الولاية بصرف النظر عن اختلاف الدين.

٥ - أن يكون عاقلا لأن من لا عقل له لا يمكنه النظر في شئون نفسه فكيف يصلح لأن يتولى شئون غيره.

٦ - الرشد (١) بأن يكون ذا خبرة بمعرفة الكفاء الصالح لموليته وحسن النظر في مصالح الزواج فالمحجور عليه لحفظ ماله لسفهه لا ولاية له عندهم لأنه اذا كان لا يزوج نفسه فمن باب أولى لا يزوج غيره.

« استظهار »

يظهر لى من هذه الشروط المتقدم ذكرها فى المذاهب الأربعة أن الشافعية والمالكية والحنابلة اتفقوا على أن الولاية فى النكاح يشترط لها الذكورة ولا تصح من انثى خلافا للحنفية الذين يرون ان لها الولاية فى بعض الأحوال التى سيأتى ذكرها. وقد قال المالكية أن المرأة تنصف بالولاية اذا كانت وصية أو مالكة أو معتقة وهنالك قول لبعضهم أن الكافلة تكون ولية أيضا إلا أنها لا تباشر العقد بنفسها وانما توكل رجلا يباشر العقد نيابة عنها.

واختلف الفقهاء فى اشتراط العدالة فلم يشترطها الحنفية واشترطها الشافعية والحنابلة فى غير السلطان وعماله وأكثر المالكية قالوا بانها ليست بشرط.

(١) جاء فى ص ١٠ من كتاب النيابة عن الغير فى التصرف لأستاذنا الشيخ الحنفى ما يأتى :  
« يرى بعض الشيعة اشتراطها ( أى العدالة ) فى الحاكم والوصى لا فى الاب والجد فلا يسلبهما الفسق من ولايتهما شيئا ومنهم من اشتراطها كذلك فيها أيضا ويستند مشرطها إلى ما روى عنه صلى الله عليه وسلم ( لا نكاح إلا بشاهدى عدل وولى مرشد ) والرد المحتار على طريق الحق ومن ذلك العدالة.

المبحث الأول فى : من تثبت له ولاية الاجبار ومن تثبت عليه.

« ١ » من تثبت له ولاية الاجبار (١) عند المالكية (٢) :

تثبت ولاية الاجبار لمن يأتى «على الترتيب»

١ - للمالك الحر ولو أنثى جبر أمته أو عبده إلا أن الانثى توكل غيرها من الذكور ليتولى العقد نيابة عنها بشرط أن لا يقصد الاضرار بهما كأن يعقد لهما من ذى عاهة فان فعل كان لهما الفسخ ولو طال ويشترط أن لا يكون المملوك مبعضا وقد اختار اللخمى من علماء المالكية عدم جبر أنثى بشائبة من حرية كأم الولد الا أن الراجح عندهم كراهته ويمضى العقد ان جبرها المالك.

٢ - الأب الرشيد اما السفية ففيه نظر قالوا ان كان له رأى ودين جبر بنته اما اذا كان ناقص التمييز فوليه يقوم مقامه فى جبر ابنته.

قال المالكية للأب الرشيد جبر ابنته ولو لزوج أعمى أو أقل حالا منها أو مالا أو قبيح منظر أو بأقل من مهر مثلها (٣)

٣ - الوصى (٤) له الجبر كالأب وان نزل كوصى الوصى بشرط أن يأمره أبوها بالجبر ولو ضمنا كأن يقول له زوجها قبل البلوغ أو بعده أو يعين له الزوج ويذل الزوج مهر المثل ولم يكن فاسقا فان لم يأمره أو يعين له الزوج فقد اختلف المالكية الا ان الراجح عندهم الجبر اذا ذكر

---

(١) الولي المجبر هو من له حق تزويج موليته وان لم ترض بالزوج أو المهر ولم تأذن له.

(٢) يراجع الشرح الكبير للدردير ج ٢ ص ٢٢١ فمسا بعدها. والخرشى ج ٣ ص ١٧٤ طبعة ١٣١٧ هـ.

(٣) جاء فى المحل لابن حزم ج ٩ المسألة نمرة ١٨٢٣ ما يأتى : (ولا يجوز للأب ولا لغيره انكاح الصغير الذكر حتى يبلغ فان فعل فهو مفسوخ أبدا وأجازه قوم ولا حجة لهم الا قياسه على الصغيرة)

(٤) يراجع المحل لابن حزم ج ٩ ص ٤٦٣ جاء فيه : «ولا اذن الوصى فى انكاح أصلا لا لرجل ولا لامرأة صغيرين كانا أو كبيرين»

فى الوصية البضع أو النكاح أو التزويج كأن يقول له انت وصى على بضع بناتى.

٤ - الحاكم - للحاكم جبر المجنونة البالغة.

من تثبت له ولاية الاجبار عند الحنفية :

تثبت ولاية الاجبار عند الحنفية للعاصب بنفسه على ترتيب الارث والحجب، والعصبة تنقسم إلى عصة نسبية وهى التى تأتى من جهة القرابة، وإلى عصة سببية وهى التى تأتى من جهة العتق، والعصبة النسبية تنقسم إلى عصة بالنفس، وإلى عصة بالغير، وإلى عصة مع الغير.

وبحثنا يتعلق بالعصبة بالنفس وهى تنحصر فيما يأتى بالترتيب :

١ - الابن وابن الابن وان نزل.

٢ - الأب والجد الصحيح وهو أب الأب وان علا.

٣ - الأخ الشقيق والأخ لأب وابن الأخ الشقيق وابن الأخ لأب وان نزل كل منهما.

٤ - العم الشقيق والعم لأب وابن العم وابن العم لأب وان نزل كل منهما.

ان وجد واحد من هؤلاء ثبتت له ولاية الاجبار أما اذا كان هناك مزاحم له فان جهة البنوة تكون مقدمة على جهة الابوة والاخوة مقدمة على العمومة فالجهة مقدمة، فان وجد شخصان من جهة واحدة قدم الأقرب درجة منهما. فان وجد شخصان من جهة واحدة ودرجة واحدة قدم من كان أقوى درجة كالأخ الشقيق على الأخ لأب.

هذا ، ويرى محمد من أئمة الحنفية أن الأب يقدم على الابن خلافا لأبى حنيفة وأبى يوسف فانهما يقدمان الابن، لأن هذه الولاية مبنية على العصوبة. والأحسن أن يأمر الابن الأب بعقد النكاح حين يتقرر بلا خلاف، لأن الابن أقوى فى العصوبة والأب أزيد فى الشفقة فيجتمعان .



فان لم يوجد أحد من العصبة النسبية انتقلت الولاية إلى العصبة السببية وهي الآتية من ولاء العتاقة فثبتت للمعتق ولو أنثى ثم لبنوته ثم لابوته ثم لأخوته ثم لعمومته على الترتيب.

فان لم توجد عصبة نسبية انتقلت عند ابي حنيفة إلى الأصول غير العصابات ماعدا أبا الأم مع ملاحظة الدرجة والقوة، فتقدم الأم على أم الأم وأم الأب لقربها وتقدم أم الأب على أم الأم لقوتها النخ. خلافا لابي يوسف ومحمد فانهما قالوا لا ولاية لغير العصابات لقوله صلى الله عليه وسلم (الانكاح إلى العصابات) ويعنى الحديث بأن جنس الانكاح مفوض إلى جنس العصابات دون غيرهم إلا أن الولاية تثبت صونا للقرابة عن نسبة من لا يكافئهم وذلك يحسن من العصبة لانهم يعيرون بعدم الكفاءة فيكون ذلك باعثا لهم. واستدل أبو حنيفة بأن ثبوت الولاية للنظر إلى المولى عليه، والنظر يحصل بالشفقة الباعثة اليه وهي موجودة في الام وغيرها من الإقارب الا أن أقارب الأب يقدمون للعصوبة ورأى الامام هو الراجح في المذهب.

فان عذمت جميع الأقارب من العصابات وغيرهم فان الولاية تنتقل لمولى الموالاة ان وجد ومولى الموالاة هو من أسلم أبوالمولى عليه على يده ووالاه، بان قال له أنت مولاي ترثني اذا مت وتعقل عني اذا جئت.

فان لم يوجد انتقلت الولاية إلى السلطان لقوله صلى الله عليه وسلم « السلطان ولي من لا ولي له »، أو من ينوب عنه كالقاضي أو من ينييه القاضي الذى كتب له فيه منشوره بتلك الولاية.

من تثبت له ولاية الاجبار عند الحنابلة :

ان ولاية الاجبار عند الحنابلة لا تثبت لغير الأب في البكر الحرة الصغيرة بلا خلاف ، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن نكاح الأب لابنته البكر الصغيرة جائز اذا زوجها من كفاء وله تزويجها مع كراهيتها وامتناعها لقوله تعالى « واللاتي يشن من

المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن» ولا تكون عدة الثلاثة أشهر لمن لم يحضن الا من الطلاق من النكاح أو الفسخ، فدل ذلك على أنها تزوج وتطلق ولا اذن لها وقالت عائشة رضى الله عنها « تزوجنى النبى صلى الله عليه وسلم وانا ابنة ست وبنى بى وأنا ابنة تسع » متفق عليه. ومعلوم أنها لم تكن فى تلك الحال ممن يعتبر اذنها. وجاز للحاكم عندهم الجبر عند الحاجة.

وأما فى الكبيرة البالغة البكر فلاحمد روايتان:

#### الرواية الأولى:

للأب اجبارها على النكاح وله أن يزوجه بغير اذنها كالصغيرة وهذا مذهب مالك ومذهب ابن أبى ليلى ومذهب الشافعى، ووجه هذه الرواية قوله صلى الله عليه وسلم «لايم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن واذنها صماتها» والرواية الاخرى:

ليس للأب اجبارها واختار هذه الرواية أبو بكر وهى مذهب الاوزاعى وأبى ثور والثورى واصحاب الرأى، ووجه هذه الرواية:

أن جارية أتت النبى صلى الله عليه وسلم فذكرت أن أباه زوجها وهى كارهة فخيرها النبى صلى الله عليه وسلم لانها جاترة التصرف فى مالها فلم يعجز اجبارها كالثيب. (١)

#### **من ثبت له ولاية الاجبار عند الشافعية :**

ثبت ولاية الاجبار عند الشافعية للأب والجد فقط لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر يستأمرها أبوها فى نفسها » فهذا الحديث الذى روى عن النبى صلى الله عليه وسلم يدل على أن الولاية أحق بالبكر وان كانت بالغة لان البكر تستحق

(١) يراجع المغنى لابن قدامة جزء ٦ ص ٤٨٧ فما بعدها.

أن تأذن لابيها بالنطق فجعل صماتها اذنا ولا يجوز لغير الأب والجد تزويجها الا أن تبلغ وتأذن.

من تثبت له ولاية الاجبار عند الشيعة :

تثبت ولاية الاجبار للأب والجد في الابكار صغارا وكبارا، جاء في كتبهم (١):

«أما الابكار فان كانت كبيرة فالظاهر في الروايات أن للأب والجد أن يجبرها على النكاح ويستحب له أن يستأذنها ومن اصحابنا من قال ليس له اجبارها على النكاح ولست أعرف به نصا والمعتمد الاول».

#### الخلاصة

هذا، ونلخص ما اختلفت فيه المذاهب في الموضوع فيما يأتي:

ان ولاية الاجبار تثبت للأب باجماع الفقهاء وهو أولى الأولياء عند الجمهور ومنهم المالكية والحنفية، ويقدم عند أكثرهم على غيره من جد وخلافه، وان كان الشيعة يرون أن الأب والجد في مرتبة واحدة ويقدمون الجد اذا صدر العقد منهما في وقت واحد وحبثهم في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم (ليس منا من لم يوقر الكبير).

هذا والحنفية يرون أن لاولى الا المجبر الذى له أن ينفذ قوله على غيره سواء رضى أو لم يرض ويختص باجبار الصغير والصغيرة مطلقا والمجنون والمجنونة اذا كانا كبيرين وقد سبق أن ذكرنا من له حق الاجبار عندهم.

أما المالكية فقد قالوا بأن الولي المجبر هو الأب لا الجد، ووصى الأب بعد موته بشرط أن يقول له أنت وصي على زواج بناتي، أو أنت وصي على تزويج بنتي، أو أنت وصي على أن تزوج بنتي ممن أحببت، أو أنت وصي على أن تزوجها من فلان، ففي هذه الحالة يكون للوصي حق الاجبار كالأب ولكن لا من كل وجه بل يشترط أن يزوجه بمهر المثل لرجل غير

(١) يراجع كتاب مختلف الشيعة جزء ٢ ص ٨٧ طبعة سنة ١٣٢٣ هـ.

فاسق أو يزوجها لمن عينه له الأب بخصوصه ، أما اذا قال له : أنت وصي على بنتي أو بنتى ولم يذكر التزويج ففيه خلاف ، والراجح انه لا يكون بذلك وليا مجبرا . فاذا قال له : أنت وصي فقط ولم يذكر بنته ، أو قال له : أنت وصي على مالي أو بيع تركتي فانه لا يكون مجبرا باتفاق .

والمالك فان له الحق في جبر أمائه باتفاق بينهم واما الشافعية فولاية الاجبار للأب عندهم وللجد وان علا وللسيد على أمته .

والحنابلة يجعلون ولاية الاجبار للأب ووصي الأب بعد موته والحاكم عند الحاجة (١) .

### حكم الفقه اذا انعدم الولي المجبر :

اتفق المالكية والشافعية والحنابلة على أن الولي المجبر اذا لم يكن موجودا لا يجوز للولي غير المجبر زواج المجبرة بحال من الأحوال اذا قل عمرها عن تسع سنين واختلفوا بعد ذلك فقال المالكية ان بلغت عشر سنين وخيف عليها الفساد ان لم تتزوج فللولي أن يزوجها باذنها . وهل لابد من رضاها صراحة أو يكفي صمتها ، قولان أرجحهما أنه يكفي صمتها ويجب على الولي غير المجبر مشاورة القاضي .

هذا ، ورجح بعض المالكية انه اذا خيف عليها فلا يشترط أن تبلغ عشر سنين بل تزوج جبرا عنها وان لم ترض كما تقدم .

وقال الشافعية لا يصح للولي غير المجبر أن يزوج المجبرة التي لم تبلغ

---

(١) يراجع المحل لابن حزم ج ٩ ص ٤٥٨ طبعة سنة ١٣٥١ هـ جاء فيه ما يأتي :

(لأب أن يزوج ابنته الصغيرة البكر ما لم تبلغ بغير اذنها ولا خيار لها اذا بلغت) .

ملحوظة :

ان الشريعة المسيحية بجميع مذاهبها لا تعرف الولاية الا جبرية التي تجيز لولي النفس أن يزوج الصغير الذي تحت ولايته بغير رضاه . فرضا الصغير شرط لازم لصحة الزواج عندهم . ولا ينقذ زواج بارادة ولي النفس وحده ولو كان الزوجان صغيرين ولا باجراء الطقوس الكنسية وحدها ولا بأى ارادة بشرية أخرى اذا لم تتجه إلى انشائه ارادتا الزوجين

الا اذا كان أبا أو جدا فان فقدنا وركا صغيرة فلا يجوز لأحد أن يزوجه  
بحال من الأحوال سواء كانت ثيبا أو بكرا مادامت عاقلة، لأن الولي غير  
المجير انما يزوج الصغيرة بالاذن ولا اذن للصغيرة. أما اذا كانت مجنونة  
فانه يجوز للحاكم أن يزوجه اذا بلغت وكانت محتاجة.

وقال الحنابلة اذا بلغت الصغيرة تسع سنين كانت ملحقه بالكبيرة العاقلة  
عندهم فللولي غير المجبر أن يزوجه باذنها ورضاها فان كانت دون تسع  
سنين فللحاكم أن يزوجه عند الحاجة.

### «ب» من تثبت عليه ولاية الاجبار ( في المذهب المالكي )

تثبت ولاية الاجبار عند المالكية على من يأتي ذكرهم :

١ - البكر الصغيرة باتفاق عندهم وليس لها الخيار اذا بلغت على المشهور.

٢ - البكر البالغ ولو كانت عانسا على المشهور عندهم ، وقيل في العانس  
ليس له جبرها. عن ابن وهب في العانس أنها لا تجبر لانها لما  
عنست صارت كالثيب. ومنشأ الخلاف هو هل العلة البكارة وهي  
موجودة أم الجهل بمصالح النساء وهذه مفقودة.

والعانس هي من طالت اقامتها عند أهلها وعرفت مصالح نفسها  
ولم تتزوج، واختلفوا هل سنها ثلاثون أو ثلاثة وثلاثون أو خمسة  
وثلاثون أو أربعون أو خمس وأربعون أو خمسون أو من الخمسين إلى  
الستين.

٣ - الثيب البالغة ان ثبتت بعارض أو بغصب على المشهور أو بحرام لا بنكاح  
فاسد أو صحيح.

٤ - والثيب الصغيرة سواء أكانت ثيبوتها من وطأ صحيح أو بأي سبب  
آخر (والثيب الكبيرة ان بلغت وثبتت بعارض كوثبة أو بحرام لا ان  
ثبتت بنكاح فاسد خلافا للمشهور في المدونة من أن له جبرها ولو  
بنكاح فاسد أو حرام) ولا ان كانت سفية لانه لا يلزم من كونها

مولى عليها من جهة المال أن تكون مولى عليها من جهة النكاح.

٥ - الثيب البالغة اذا ظهر فسادها بزنا لا يدرأ الحد عنها كالحرام.

٦ - المجنونة جنونا مطبقا بالغة كانت أو غير بالغة ولو ثيبية ولولها ولد، لايبها جبرها وكذلك الحاكم اذا لم يكن هنالك أب، أما غيرها فتنتظر افاقتها.

والجبر عندهم مقيد بعدم الضرر، وليس للأب أن يجبرها على الزواج من ذى عاهة كالخصى والابرص والمجنوم والعين والمعرّض. (١)

**من تثبت عليه ولاية الاجبار (فى المذهب الحنفى) :**

تثبت ولاية الاجبار على الصغيرة مطلقا بكرا كانت أم ثيبا لان علة ثبوتها عندهم الصغر، وما فى معناه كالجنون والعتة ولأن الصغيرة تعجز عادة عن اختيار الزوج الصالح وتجهل آثار النكاح وعواقبه.

وأما الغلام الصغير فيجوز اجباره لقصور عقله (٢).

**من تثبت عليه ولاية الاجبار (فى المذهب الحنبلى) :**

١ - البكر الصغيرة بلا خلاف.

٢ - البكر البالغة عن أحمد فيها روايتان :

الرواية الأولى:

له اجبارها على النكاح وتزويجها بغير اذنها كالصغيرة وهذا مذهب مالك وابن أبى ليلى والشافعى ووجه هذه الرواية قوله صلى الله عليه وسلم «الأيّم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن واذنها صماتها».

الرواية الثانية:

ليس له اجبارها (واختاره أبو بكر) وهو مذهب الاوزاعى وأبى ثور

---

(١) يراجع الخرشى ج ٣ ص ١٧٦ ، ١٧٧ هامش.

(٢) يراجع هامش فتح القدير ج ٢ ص ٣٩٥.

والثورى وأصحاب الرأى. ووجه هذه الرواية أن جارية بكرأ أنت النبى  
صلى الله عليه وسلم فذكرت أن أبأها زوجها وهى كارهة فخبرها النبى صلى  
الله عليه وسلم وأيضأ لانها جائزة التصرف فى مالها فلم يجز إجبارها كالثيب.

٣ - الثيب الصغيرة فيها وجهان

الوجه الأول: لا يجوز إجبارها وهو مذهب الشافعى.

الوجه الثانى: لا يبيها جبرها وهو قول مالك وأبى حنيفة وذلك لانها  
صغيرة.

ويتخرج وجه ثالث: وهو أن ابنة تسع سنين لا يجبرها وليها ويزوجها  
بأذنأ أما من دون ذلك فعلى ما ذكرنا من الخلاف فى البكر.

**من تثبت عليه ولاية الاجبار (فى المذهب الشافعى):**

تثبت ولاية الاجبار عند الشافعية على البكر صغيرة كانت أو كبيرة ولو  
مجنونة وترادف البكر فى اللفظ العذراء لغة وعرفأ خلافا لمن يفرق بينهما  
فيطلق لفظ بكر على من تأذن بالسكوت وان زالت بكارتها ويستعملون لفظة  
عذراء على البكر حقيقة وهى التى لم تزل بكارتها.

هذا وأما لفظة «معصر» فتطلق على من قاربت الحيض ومن حاضت وعلى  
من ولدت أو حبست فى المنزل ساعة الطمث أو راهقت العشرين.

ويشترط الشافعية لصحة اجبار المجبرة أن يزوجهأ وليها ممن يحصل لها  
منه حظ ومصلحة وشفقة وأن يزوجهأ من كفء ويعتبر يسار الكفء بحال  
صداقها عليه لا بمهر المثلل خلافا لبعض المتأخرين منهم ويشترط عدم  
عداوة بينها وبين الزوج (كما بحثه العراقى) وأيضأ عدم عداوة ظاهرة  
بينها وبين الولى.

وتثبت ولاية الاجبار أيضأ على الثيب التى تثبت بلا وطء كسقطه وحدة  
حيض وأصبح على الأصح خلافا لشرح مسلم وكذا ان خلقت بلا بكاره  
فان حكمها حكم الابكار.

### من تثبت عليه ولاية الاجبار ( في المذهب الشيعي ):

تثبت ولاية الاجبار على البكر الصغيرة التي ليس لها عندهم عند البلوغ خيار، ولا تثبت عندهم في البكر البالغ، خلافا للظاهر في الروايات وهو المعتمد عند الشيعة، وأحتجوا بما رواه بعضهم في الصحيح عن الصادق (لا تزوج ذوات الآباء من الابكار إلا باذن أبيها) وذلك لأنه لا معرفة لها بأحوال الرجال فلو لم يجعل أمرها منوطا بنظر الأب لزم أَدْخَالُ الضرر بحالها وهو منتف بالاصل (١).

هذا، ولا يجوز للأب ولا لغيره عند الظاهرية أن يزوج الثيب حتى تبلغ ولا اذن لهما قبل أن تبلغ، وإذا بلغت البكر والثيب لم يجز للأب ولا لغيره أن يزوجها إلا باذنها فان وقع فهو مفسوخ أبدا، فأما الثيب فتتكح من شاءت وان كره الأب، وأما البكر فلا يجوز لها نكاح إلا باجتماع اذنها وأذن أبيها، وأما الصغيرة التي لا أب لها فليس لأحد أن ينكحها لا من ضرورة ولا من غير ضرورة حتى تبلغ ولا لاحد أن ينكح مجنونة حتى تفيق وتأذن إلا الأب في التي لم تبلغ وهي مجنونة فقط وفي بعض ما ذكرنا خلاف.

فلا تثبت ولاية الاجبار عندهم إلا على الصغيرة البكر (٢).

### اختلاصة :

يظهر لنا مما سبق أن ولاية الاجبار تثبت عند المالكية للبكر صغيرة كانت أو كبيرة إلا العانس على قول إبن وهب وللثيب الصغيرة وذلك لأن موجب الاجبار عندهم البكارة أو الصغر فكل منهما يوجب الاجبار.

أما الحنفية فانهم يوافقون المالكية في الصغيرة بكرا كانت أم ثيبا ويختلفون معهم في البكر البالغة وذلك لأن علة الاجبار عندهم الصغر.

(١) يراجع كتاب مختلف الشيعة جزء ٢٠ ص ٨٧

(٢) يراجع المحل لابن حزم ج ٩ ص ٤٥٨ ، ٤٥٩



أما الشافعية فيشترطون في ولاية الاجبار أن تكون الزوجة بكرا فلا اجبار على ثيب (من زالت بكارتها) ويحتجون بقوله عليه السلام (الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر يزوجه أبوها) والثيب عندهم من زالت بكارتها بوطء في القبل ولو بزنا أو اكراه.

هذا، وعند الظاهرية وكذا الشيعة لا تثبت ولاية الاجبار إلا على الصغيرة البكر فقط.

المبحث الثاني في : من تثبت له ولاية الاختيار ومن تثبت عليه

«١» من تثبت له ولاية الاختيار في المذهب المالكي :

ولاية النكاح الاختيارية تثبت عند المالكية للعصبات بالترتيب الآتي :

١ - الابن (١) ولو من زنا فابنه وان نزل يقدم وجوبا وقيل ندبا وبعضهم يقول واجبا غير شرط وهو المناسب.

٢ - الأب الشرعي فوصيه.

٣ - الأخ الشقيق فالأخ لأب على الاصح والمختار عند اللخمي لقوة الشقيق على الذي لأب وإبنه وان سفل.

٤ - الجد.

٥ - العم فابنه وان سفل ويقدم الشقيق على الذي لأب على المختار عند اللخمي وهو قول مالك وابن القاسم وسحنون (٢).

٦ - وأبو الجد وان علا فعم الأب.

٧ - فمولى أعلى وهو من اعتق الامة أو من أعتق من أعتقها أو أعتق أباه.

٨ - فكافل وهو من كفل صغيرة مات أبوها وغاب أهلها وقام بأمرها حتى

---

(١) يراجع الشرح الكبير للرددير ج ٢ ص ٢٢٥ فما بعدها.

(٢) يراجع الخرشى ج ٣ ص ١٨٠ جاء فيه يقدم الشقيق قياسا على الارث عندهم.

بلغت عشرة أعوام أو زمتا يحصل فيه الشفقة بالفعل عليها وهو ظاهر المذهب وإن كان أجنبيا عنها فإن له أن يزوجهما باذنهما وإما المرأة الكاملة فلا ولاية لها على المذهب وقيل لها لكنها لا تبشر العقد بل توكل من يعقد لمكفولتها واشترط المالكية في المكفولة الدناءة بأن تكون ممن لا قدر لها فإن كان لها قدر يزوجهما الحاكم وقيل إنه لا يشترط فسى ولاية الكافل الدناءة بل ولايته عامة للدنيئة والشريفة (١).

٩ - فالحاكم وهو السلطان أو القاضي يزوجهما باذنهما إذا ثبت عنده أنها خالية من المرض وخالية من المانع كالاحرام والعدة وأنه لا ولي لها أو أن ولها عضلها أو غاب عنها غيبة بعيدة وأن الزوج كفؤها في الدين والحرية والحال وأن المهر مهر مثلها وأن من يريد تزويجها غير محرم وأنها بالغة وحررة وأنها ثيب أم بكر.

١٠ - فولاية عامة مسلم، فإن لم يوجد من ذكروا فأى فرد من المسلمين يتولى عقدها باذنهما إذا علم خلوها من موانع النكاح وكانت ذنيئة كمسلمانية ومعتقة وفقيرة، وهذه الولاية لا تختص بشخص دون آخر لقوله تعالى «المؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض».

هذا، وإذا زوج شخص بالولاية العامة شريفة، فإن النكاح يصح إذا دخل الزوج وطال ولم يكن لها ولي مجبر ومكثت الزوجة مع الزوج سنين كثيرة أو ولدت الأولاد معه (٢).

من تثبت له ولاية الاستحباب في المذهب الحنفى :

الولى فى ولاية الاستحباب ليس شرطاً لصحة النكاح عندهم لصحة نكاح الحرة العاقلة البالغة وينعقد النكاح نافذاً ولازماً إذا كان الزوج كافاً والمهر مهر مثلها أما إذا كان المهر أقل من مهر المثل فإن العقد يصح نافذاً

(١) المرأة الشريفة هى صاحبة القدر أو المال أو الجاه أو النسب.

(٢) الخرشى ج ٣ ص ١٨٢

إلا أنه غير لازم وللولى اذا كان عصبه حق الاعتراض حتى يتم مهر المثل أو يرفع الأمر إلى القاضى ليفسخ العقد. وأما اذا كان الزوج ليس كفأ فان العقد لا يصح أصلا. وترتيب الاولياء فى ولاية الاستحباب كالآتى:

١ - الابن قابنه وان سفل عند الصاحبين لانه مقدم فى الميراث لقوة عصبته.

٢ - فالأب ثم الجسد أبو الأب عند الشيخين خلافا لمحمد الذى يرى أنه أى الأب مقدم على الابن مراعاة لسنة ولوفرة شفقته واتساع خبرته وكثرة تجاربه ولأن المصلحة من تقديمه فى زواج المولى عليها أقرب وأعظم والدليل على ذلك ثبوت ولايته على المال بخلاف الابن الذى لا ولاية له على المال وزيادة على ذلك جريان العرف فى جميع الامصار (١). وقد روى عن أبى يوسف أنه جعلهما فى مرتبة واحدة فأيهما سبق بالتزويج اعتبر زواجه واذا زوجا معا قدم الأب لأن للأب ولاية المال وأوفر شفقة من الابن.

٣ - ثم الأخ الشقيق ثم الذى لأب عند أبى حنيفة وهو الصحيح باتفاق خلافا للصاحبين فى أن الأخ والجد يشتركان فى الولاية « ذكره الكرخى ».

٤ - ثم ابن الأخ الشقيق ثم ابن الأخ لأب.

٥ - ثم العم الشقيق ثم ابناؤه ثم عم الأب الشقيق ثم ابن العم لأب ثم ابناؤه ثم عم الأب لأب ثم ابناؤه ثم عم الجد لأب ثم ابناؤه وان سفلوا.

٦ - ثم المولى المعتق وان كان امرأة ثم بنوه وان سفلوا ثم عصبته من النسب على ترتيب عصابات النسب.

هنا، واذا انعدمت العصابات فقد اختلفوا فقد ذكر أبو حنيفة أن الولاية تنتقل إلى الاصول غير العصابات ماعدا أب أب الام خلافا لابي

---

(١) يراجع كتاب النياية عن الغير فى التصرف للاستاذ الشيخ على الخفيف ص ١٣

يوسف ومحمد فقد قالوا لانكاح لغير العصبات لقوله صلى الله عليه وسلم « النكاح إلى العصبات » وترتيبهم على رأى أبى حنيفة كالاتى :

٧- الأم فأم الأب فأم الأم.

٨- ثم البنت اذا كانت أمها مجنونة ثم بنت الابن ثم بنت البنت ثم بنت  
لمن الابن ثم بنت بنت البنت ثم الأخت لأب وأم ثم الأخت لأب ثم  
أولاد الأم ذكورا وإناثا ثم أولادهم.

٩- ثم الولاية بعد ذلك لذوى الارحام على خلاف بينهم لا أرى ضرورة  
للتعرض له (١).

من تثبت له ولاية الاختيار عند الشافعية :

تثبت ولاية الاختيار لمن يأتى بالترتيب :

١- الأب وهو أحق الأولياء عند الشافعية بالتزويج.

٢- ثم الجد أبو الأب وان علا لتمييزه بالولادة عن بقية العصبه.

٣- ثم الأخ لأبوين ثم الأخ لأب ثم إبنه وان سفل ( وقد قدم الشقيق لأنه  
أشقق وأرفق بها).

٤- ثم العم لأبوين ثم لأب :

٥- ثم سائر العصبه كالارث.

٦- فالملتق ثم عصبته.

٧- فالقاضى (٢).

من تثبت له ولاية الاختيار فى المذهب الحنبلى :

تثبت ولاية الاختيار فى المذهب الحنبلى حسب الترتيب لمن يأتى :

---

(١) يراجع الخرشى ج ٣ ص ١٨٢. فتح القدير ج ٢ ص ١٧٧ فما بعدها  
والبدائع ج ٢ ص ٢٤١ فما بعدها.

(٢) يراجع نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملى ج ٦ ص ٢٢٦ ، ٢٢٧

١ - الأب وهو أحق الناس لنكاح المرأة الحرة خلافا لمن قال الابن، لأن الولد موهوب لآبيه، قال تعالى « وهبنا له يحيى » وقال صلى الله عليه وسلم « أنت ومالك لأبيك » وأيضا لأن الأب أكمل نظرا وأشد شفقة.

٢- ثم أبو الأب وان علت درجته على الصحيح.

٣ - ثم إبنها وإبنه وان سفل.

٤ - ثم أخوها لأبيها وأمها فأخوها لأبيها اذا اجتمعا على المشهور.

٥ - ثم أولادهم وان سفلوا.

٦ - ثم العمومة ثم أولادهم وان سفلوا ثم عمومة الأب ثم بعدهم تأتي الولاية على ترتيب الارث بالتعصيب فأحقهم بالميراث أحقهم بالولاية ولا ولاية لغير العصبات.

٧ - ثم المعتق ثم عصبته.

٨ - ثم السلطان أى الامام أو الحاكم أو من فوضا اليه ذلك.

٩ - ثم رجل عدل من عامة المسلمين (١).

#### (الخلاصة :)

هذا ، والذي يظهر لنا من دراستنا لفقهاء المذاهب المذكورة أن الولي غير المجبر عند المالكية يختص بتزويج من له عليها الولاية باذنها ورضاها اذا كانت كبيرة عاقلة بالغة غير بكر أو بكرا عانسا أو رشدتها أبوها وأما اذا كانت صغيرة أو فى حكم الصغيرة ممن لا يعتبر اذنها فليس له أن يزوجها وتبقى بلا زواج حتى تبلغ ، إلا أنهم استثنوا من ذلك اليتيمة الصغيرة التى يخشى عليها الفساد فى مالها أو فى نفسها إذا بلغت مبلغ المرغوب فى نكاحها وقدره بعضهم بعشرة سنوات فانه يجوز لوليها أن يزوجها سواء رضيت أم

---

(١) يراجع المغنى لابن قدامة ج ٦ ص ٥٧

لم ترض بشرط أن يشاور القاضى قبل مباشرة العقد، فإن لم يشاورة فسخ نكاحه قبل الدخول أما بعد الدخول فانه يصح وان لم يطل الزمن.

وأما الاحتماف فإنهم قالوا للمرأة العاقلة البالغة ثيبا كانت أو بكرا أن تنفرد باختيار زوجها من غير اشارك وليها ولها أن تنشئ بعبارتها العقد إلا انه يستحب لها أن يتولى وليها العقد نيابة عنها وان يكون راضيا عن ذلك ، وقد استدلت الاحناف لرأيهم بقوله تعالى « فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » فالكتاب الكريم قد اسند إلى البالغة العاقلة أن تتولى عقد نكاحها بنفسها وقد استدلو أيضا بقوله تعالى « إذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن ان ينكحن أزواجهن » فاستندت هذه الآية أيضا إليها العقد إذا امتنع وليها منه ظلما وعضلا وقد ورد أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « الأيم أحق بنفسها من وليها » والأيم هى من لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا وليس لايها أن يتصرف فى أقل شيء مما تملكه إلا برضاها، ولم يجز له من باب أولى أن يزوجه إلا برضاها وان يزوجه إلى من تكرهه إلا أن لوليها الحق فى أن يعترض عليها اذا كان الزوج غير كفأ أو المهر ليس مهر مثلها وقد خالف الصحابان أبو يوسف ومحمد فى اعطاء الولي حق الاعتراض على المهر بناء على أن المهر ملكها ولها حق التنازل عنه.

وقد وافق الحنفية الامامية فى أن تزوج العاقلة البالغة نفسها إلا أنهم لم يوافقوهم فى كل ما اشترطوا فى الكفاءة (١).

وأما الشافعية فان الولي غير المجرى وهو غير الأب والجد ليس له أن

---

(١) يراجع كتاب أحكام الزواج لاستاذنا الشيخ محمد أبى زهرة ص ١٦٨

وقد جاء فى صفحة ٤٥٩ من المحل لابن حزم ج ٩ طبعة سنة ١٣٥١ هـ. ما يأتى :

(فأما الثيب فتنكح من شامت وان كسره الأب ، وأما البكر فلا يجوز لها نكاح إلا باجتماع اذنها واذن أبيها ، وأما الصغيرة التى لا أب لها فليس لأحد أن ينكحها لا من ضرورة ولا من غير ضرورة حتى تبلغ ولا لأحد أن ينكح مجنونة حتى تفيق وتأذن إلا الأب فى التى لم تبلغ وهى مجنونة فقط).

يزوج من له عليها الولاية إلا بإذنها ورضاها اذا كانت كبيرة عاقلة بالغة، أما الصغيرة العاقلة فإنه لا يصح لغير الأب والجد أن يزوجها بأى حال من الأحوال لأن زواجها من غيرهما يتوقف على اذنها ورضاها وهى ممن لا يعتبر لها اذن، فلا تزوج بولاية الاختيار الا إذا بلغت، فان كانت يتيمة لأب لها وكانت مجنونة انتقلت الولاية عليها للحاكم، ولا يزوجها الحاكم إلا بشرطين: الشرط الاول: أن تبلغ لانها لا تحتاج للزواج قبل البلوغ.

الشرط الثانى: أن تكون محتاجة وحاجتها لا تندفع إلا بالزواج.

وأما الحنابلة فليس للولى غير المجير عندهم أن يزوج من له عليها الولاية إلا بإذنها ورضاها ان كانت كبيرة عاقلة أو صغيرة لها تسع سنين أما الصغيرة دون التسع سنوات فليس له زواجها لأن زواجها يتوقف على الاذن وهى ممن لا يعتبر اذنها ومثلها المجنونة جنونا مطبقا.

«ب» من ثبتت عليها ولاية الاختيار عند المالكية :

ان ولاية الاختيار تثبت على من يأتى:

- ١ - الشب البالغة التى ثبتت بنكاح صحيح أو فاسد(١).
- ٢ - البكر البالغة التى رشدتها أبوها أو وصيها على غير المشهور.
- ٣ - البكر البالغ التى فارقت زوجها الذى كانت تساكبه سنة فأكثر من حين الزواج، اذا انكرت الوطء.
- ٤ - التيممة الصغيرة ان خيف فسادها وقد بلغت مبلغ المرغوب فى نكاحها وأذنت بالقول وكان الزوج كفاً لها والمهر مهر مثلها واستشير القضاى(٢).

(١) يراجع الزرقانى على مختصر خليل ج ٥ ص ١٧٤ فما بعدها.

(٢) يراجع كتاب استاذنا المرحوم الشيخ معوض مصطفى سرحان الطبعة الاولى فى الاحوال الشخصية.

٥ - الصغيرة التي قطع الأب عنها النفقة أو غاب وخشى عليها الضيعة يزوجهها برضاها واذنها.

**من تثبت عليها ولاية الاستحباب في المذهب الحنفى :**

تثبت ولاية الاستحباب أو الشركة على كل امرأة عاقلة بالغة بكرا كانت أم ثيبا مهما تكن درجتها من الرشد، ومعنى الشركة فى هذه الولاية هو أن العاقلة البالغة لها أن تنفرد بأمر زواجها وليس لوليها سلطان معها فهما شريكان فى زواجها من ناحية أنه يستحب لوليها أن يتولى العقد وأن يكون راضيا وان كان لها الحق فى أن تنشئ العقد بعبارتها لأن العقد فى الزواج عند الحنفية ينشأ صحيحا بعبارة النساء.

**من تثبت عليها ولاية الاختيار فى المذهب الشافعى :**

تثبت عندهم على كل انثى ليست بكرا صغيرة أو بكرا كبيرة بالغة .

**من تثبت عليها ولاية الاختيار فى المذهب الحنبلى :**

تثبت عندهم على الثيب الكبيرة بالاتفاق لقوله صلى الله عليه وسلم ( لا تنكح الأيم حتى تستأمر ) ولقوله صلى الله عليه وسلم ( الأيم أحق بنفسها من وليها ) ولقوله صلى الله عليه وسلم ( ليس للولى مع الثيب أمر ) وللحنابلة وجهان فى الثيب الصغيرة :

الوجه الاول : لايجوز تزويجها.

الوجه الثانى : لايبها تزويجها ولا يستأمرها.

ويتخرج وجه ثالث وهو أن إئنة تسع سنين يزوجهها وليها باذنها وأما من كانت دون ذلك فعلى الخلاف عندهم فى البكر الكبيرة .

ويتلخص خلافتهم فى روايتين لأحمد :

الرواية الأولى : يزوجهها وليها المجبر بغير اذنها.



الرواية الثانية: ليس لوليها ذلك (١).

المبحث الثالث : الوكالة في المذاهب الاسلامية

### الوكالة في الزواج عند الاحتاف

ان عقد الزواج يقبل الانابة ويجوز لكل من يملك حق عقد الزواج أن يوكل غيره فيه فيصح عند الحنفية من الرجل والمرأة على السواء أن يوكل غيره من رجل أو امرأة أيضا. وعند المالكية على الصحيح عندهم للمرأة اذا كانت وصية أو مالكة أو معتقة الولاية إلا أنها لا تبشر العقد بنفسها وإنما توكل عنها رجلا يباشره نيابة عنها ، وعند جمهور الفقهاء ليس للمرأة أن توكل غيرها وإنما يتولى عنها من غير توكيل وليها لأنه يملك انشاء العقد وان كان لابد من رأيها ورضاها ولوليها الحق في أن يوكل غيره.

هذا ، والتوكيل لا يحتاج إلى شهادة وللموكل أن يقيد به بكل شرط مباح كأن يأمر الوكيل بأن يزوجه من شخص معين أو يقيد بمقدار معين من المهر ، ولا يجوز للوكيل مخالفة الموكل والا كان فضوليا بخروجه من حدود الوكالة ، وللموكل اجازة عقده وعدم اجازته لأن عقد الفضولي موقوف على الاجازة في هذه الحالة ، وللموكل أن يطلق للوكيل التصرف في هذه الحالة ، قيد أبو حنيفة الاطلاق بالكفاءة في حق المرأة لأنها تعبر بغير الكفاءة إلا اذا (٢) أجازت لأن من حقها ذلك ما لم يعترض الأولياء لأنهم يعيرون أيضا بقلة المهر مثلها ، وأما بالنسبة للمهر فالصاحبان يقيدان الاطلاق بالعرف.

هذا ، وفي حالة الاطلاق اتفق فقهاء الحنفية على أن الوكيل ليس له أن يزوج الموكلة من نفسه ولا ممن هو في ولايته لأن الاطلاق يقتضي أن يكون

---

(١) يراجع ما ذكرنا في مذهب أبي حنيفة والشافعي وابن حنبل.

كتاب فتح القدير الجزء الثاني

كتاب نهاية المحتاج الجزء السادس.

المغنى الجزء السادس.

(٢) يراجع فتح القدير ج ٢ ما بعد صفحة ٣٩١ وتراجع البدائع ج ٢ ص ٤٤٦

الزوج غير معلوم وإلا لنص عليه أما ان زوجها من واحد من أهله أو فرعه  
ممن لا تقبل شهادتهم له، فقد منع أبو حنيفة ذلك للتهمة أو المحاباة، وأجاز  
الصاحبان مادام الزوج كفاً والمهر مهر مثلها لأن التهمة تنتفى عند هما بتوافر  
ذلك.

والوكيل في العقد اذا كان غير الأب أو الجد فلا بد من اذن الموكله  
صرحة لأنها لا تستحي من الاذن الصريح<sup>(١)</sup>.

#### الوكالة في الزواج عند المالكية :

لولى عن المرأة عندهم أن يوكل عنه مثله في الشروط التى منها أن يكون  
ذكراً لأن العقد لا يتعد بالأنثى ولا بالصبي غير البالغ ولا بالرقيق ولا غير  
المسلم ولا محرم بحج، أما الزوج فله أن يوكل أى ذكر ماعدا المحرم  
والمعتوه ومن لا يصلح للوكالة فله أن يوكل الصبي والعبد والكافر.

وللمرأة المالكة والوصية والمعتقة أن توكل أجنبيا ذكراً مع حضور  
أوليائها إذا كان الوكيل مستوفيا للشروط المعتبرة فى الولي المباشر لعقد  
الأنثى وذلك لأن لها حقاً فى الولاية على رقيقها والموصى عليها<sup>(٢)</sup>.

هذا، وإقرار الوكيل عن المرأة بزواجها اذا أنكرت وادعاه الزوج  
صحيح بلا يمين اما اذا لم يدع الزوج ذلك فلا ينفع اقرار الوكيل.

واذا قالت المرأة لوليها غير المجبر وكلتك على تزويجى ممن تحب وجب  
عليه أن يعين لها من يحب قبل العقد والا كان لها حق الرد، أما اذا وكل  
الرجل شخصاً ولم يعين له المرأة فزوجه من امرأة لزمته وان لم يعين له  
الزوجة قبل العقد بشرط أن تكون ممن تليق بمثله عادة.

#### الوكالة في الزواج عند الشافعية :

لولى المجبر عندهم ان يوكل غيره ليزوج نيابة عنه من له عليها الولاية،

---

(١) يراجع كتاب أحكام الزواج لاستاذنا الشيخ محمد أبى زهرة ص ١٦٩ فما بعدها.

(٢) يراجع الشرح الكبير للرددير ج ٢ ص ٢٣٠

بدون اذنها ورضاها ولولم يعين للوكيل الزوج، لأن شفقتة تدعوه إلى أن يوكل من يثق بحسن نظره وعلى الوكيل أن يزوجه من كفء وبمهر المثل والالم يصح الزواج وإذا وجد أكفأ منه فانه أيضا لا يصح للوكيل زواجها إلا من الأكفأ. وللولى غير المجبر أن يوكل أيضا وان لم تأذن موليته فى التوكيل وان لم يعين الزوج بشروط وهى :

١ - إذا اذنت الولى فى التزويج قبل التوكيل.

٢ - إذا لم تنهه عن توكيل غيره.

٣ - إذا زوجها ممن عينته ان قالت له زوجنى من فلان (١).

#### الوكالة فى الزواج عند الحنابلة :

للولى المجبر عندهم الحق فى أن يوكل عنه بدون اذن من له عليها الولاية لأن له حق مباشرة العقد ولو كي له ما له من حق فى اجبار موليته. أما الولى غير المجبر فانه ليس لوكيل أن يزوج بغير اذن ورضى من عليها الولاية لأن الولى غير المجبر لا يملك هذا الحق وعلى الوكيل أن يستأذنها بعد توكيله لا قبله وإلا فلا يصح عقده.

هذا ، ويشترط فى الوكيل ما يشترط فى الولى وقد تقدمت شروط الولى حتى لا يباشر العقد من ليست له أهلية الا أن الزوج يصح له أن يوكل الفاسق والكافر ان كان يريد الزواج من كتابية.

وللولى أن يوكل توكيلا مطلقا كأن يقول زوج موليتى ممن تحب إلا أن هذا الاطلاق مقيد عند الحنابلة بالكفء وان لا يزوجه من نفسه وله أن يقيد الوكالة وفى هذه الحالة لا يزوجه إلا بمن عينه له (٢).

(١) يراجع المنهاج ج ٥ ما بعد صفحة ١٧٥

(٢) يراجع المغنى لابن قدامة ج ٦ ما بعد صفحة ٤٤٨

جاء فى كتاب بداية المجتهد ج ٢ طبعة سنة ١٣٢٧ هـ ص ١١ ما يأتى : « وسبب اختلافهم هل صفة الولاية ما يمكن أن يستتاب فيها أم ليس يمكن ذلك، ولهذا السبب بعينه اختلفوا فى الوكالة فى النكاح لكن الجمهور على جوازها إلا أبا ثور ولا فرق بين الوكالة والإيصاء لأن الوصى وكيل بعد الموت والوكالة تنقطع بالموت ».

## المبحث الرابع

### ما يسلب الولاية :

- ١ - يسلب الولاية جنون الولى جنونا مطبقا اذا استمر شهرا فأكثر فانه يزيل ولايته وينقلها إلى من يليه فى المرتبة ، اذا كان من يليه مستوفيا لشروطها وتعود إلى المجنون ولايته اذا أفاق لزوال المانع.
- ٢ - وفقدان الولى شرطا من شروط الولاية فتنقل الولاية إلى من يليه فى المرتبة.

٣ - غياب الولى غيبة بعيدة لا يمكن معها الاتصال به كسفره مسافة قصر ، أو جهل مكانه وتعذر الاتصال به. وتبقى ولايته اذا كان سفره قريبا دون مسافة القصر ، وقد اختلف الفقهاء فيمن تعذر الاتصال به إلى الآراء الآتية :

أكثر فقهاء الحنفية على الأرجح عندهم يقولون بأن ولايته تنقطع وتنقل إلى من يليه فى الدرجة ، ولمن يليه الحق في ان يباشر العقد بولايته هو لا باعتباره نائبا عن الغائب ، وقد قال زفر ليس للولى الحاضر الأدنى مرتبة ولاية فى هذه الحال لبقاء ولاية الأقرب منه وان كان مسافرا أو مجهول المكان .

والشافعية يقولون بأن ولايته تزول وتنقل إلى السلطان لا لمن يليه لأن من يليه محجوب به ولا تكون له ولاية.

هذا وبرى بعض الفقهاء أن ولاية الغائب لا تزول لغيبته ولا تنقطع ولكن تثبت أيضا لمن يليه فى الدرجة ولاية مباشرة التزويج مراعاة لمصلحة المولى عليه ويكون الحكم فى ذلك كالحكم عندما يكون للصغير وليان مستويان فى الدرجة لأن الولى الأقرب اذا كان غائبا لم يقطع برأيه

ونظرة، وقد لا ينتظره الكفء فيتضرر المولى عليه بانتظاره. فوجب أثباتها لمن يليه الحاضر لأنه في الامكان الانتفاع برأيه ونظرة لوجوده ومشاهدته وابتعاده عن مضرة المولى عليها وضياع فرصة جاءت بنفعه. فأيهما عقد في مكانه نفذ عقده وإذا عقد كل منهما نفذ عقد السابق منهما.

٤ - وعضل الولي موليته لغير سبب شرعي يبرز ذلك العضل وكان من تقدم لزواجها كفاء ومهره مهر المثل ولم يوجد مانع آخر يبرر امتناعه وذلك لأن امتناعه من تزويجها يعد ظلما يجب رفعه وللقاضى تزويجها.

## المبحث الخامس

### أحكام تزويج الصغيرة:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن للأب تزويج ابنته البكر إذا زوجها من كفاء وذهب عبدالله بن شبرمة وأبو بكر الأصم وعثمان البتي إلى أنه لا ولاية لأحد على صغير أو صغيرة بكرا كانت أو ثيبا في التزويج ولا زواج لهما إلا بعد بلوغهما وقد استدلوا إلى قوله تعالى «وابتلوا البتات حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم» إذ دلت على أن الصغير لا يبلغ النكاح إلا ببلوغه ويرون أن زواجه عليه الصلاة والسلام بعائشة كان خصوصية له، واستدل الجمهور على جواز زواج الصغير والصغيرة بقوله تعالى «واللائئ يثنن من المحيض من نسائك من ان ارتبتم فعذتھن ثلاثة أشهر واللائئ لم يحضن....» وذلك لأن الآية جعلت لمن لم يحضن عدة، وهي ثلاثة أشهر وجاءت الآية عامة ولم تفرق الآية فيمن لم يحضن بين أن يكن أبكارا وثيبات ولا بين الكبيرات والصغيرات فدل ذلك على أن الصغيرة تزوج فتطلق فتعتد.

ويستدل أيضا بما روى عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت (تزوجني

النبي « صلى الله عليه وسلم » وأنا بنت ست وبني بي وأنا ابنة تسع متفق عليه.

وبهذين الدليلين أبطلوا ما ذهب اليه ابن شبرمة ومن وافقه في الرأي.  
هذا وقد ذهب إبن حزم الظاهري إلى أنه يجوز زواج الصغيرة لورود النص بذلك ولا يجوز على الصغير لعدم حاجته إلى الزواج (١).  
هذا، والمالكية يرون أن الولي غير المجبر لا يزوج اليتيمة الصغيرة وهي من لا أب لها إلا اذا توفرت الشروط الآتية :-

١ - اذا خيف على اليتيمة فساد في حالها أو مالها اذا لم تزوج.

٢ - وكان لها ميل للرجال.

٣ - وأتمت عشر سنوات فأكثر من عمرها.

٤ - وشور القاضي الذي يرى ذلك، بعد بلوغها عشر سنوات ويخاف فسادها فيأمر بزواجها بعد أن يثبت لديه ما يأتي:

أنها يتيمة وفقيرة وخالية من الأزواج وليست في عدة وراضية بالزوج وهو كفؤها في الدين والحرية والنسب والحال والمال والصداق، وأمهرها مهر مثلها عند غير المالكية وأنه جهزها جهازا مناسباً لها.

٥ - وأن تأذن لوليها بالقول لكي يزوجه هو أو الحاكم.

#### خيار البلوغ للصغير والصغيرة :

ان الحنفية يرون خيار البلوغ للصغيرة والصغير وخيار البلوغ عندهم يكون بأن تختار الصغيرة البكر نفسها بمجرد بلوغها اذا كان المزوج لها غير الأب وذلك لأن الأب موفور الشفقة وحريص على مصلحة صغيرته ولا يألو جهدا في الاختيار لها، ولذا لم تكن هنالك داعية إلى تعرف رأي

---

(١) يراجع كتاب النياية عن النير في التصرف للأستاذ الشيخ على الخفيف ص ٤٤.

الصغيرة بعد بلوغها لأن حرص والدها على مصلحتها فيه الكفاية ما لم يكن الأب معروفا بسوء الاختيار قبل العقد أو كان سكرانا حين العقد.

ويشترط لصحة خيارها ان تختار بنفسها بمجرد البلوغ سواء برؤية الحيض أو أى علامة من علامات البلوغ المعتبرة. فإذا بلغت وهى لا تعلم بالزواج ومضى على بلوغها زمن ثم علمت فلها حق الخيار عقب العلم مباشرة.

هذا وان سكنت بغير عذر عالمة بالزواج بطل خيارها ولا يقبل اعتذارها بالجهل ولا يشترط فى البكر أن تصرح بالقبول بل يكفى أن يصدر منها ما يدل على الرضى كأن تسكت بعد بلوغها أو تضحك غير مستهزئة أو تبكى بكاء الفرح.

ويلحق بالصغيرة<sup>(١)</sup> والصغير المجنون والمجنونة ولو كانا كبيرين عند افاقتهما.

### أحكام تزويج الكهيرة :

الكهيرة هى البالغة العاقلة التى لا تخلو من أن تكون بكرا أو ثيبا؛ أما اذا كانت ثيبا بأن زالت بكارتها بوطء حلال أو حرام فانها لا تزوج إلا بعد استأذانها ورضاها صراحة باتفاق وليس للولى جبرها على الزواج لما روى «أن الثيب أحق بنفسها من وليها» ولما روى عن خنساء الانصارى من أن أباه زوجها وهى ثيب فكرهت ذلك فأنت رسول الله صلى الله عليه وسلم فرد نكاحها ( أخرجه الجماعة إلا مسلما).

وأما اذا كانت بكرا بالغة فان الحنفية يجيزون لها وللثيب أن تبأثر عقد زواجها وليس لوليها أن يزوجه إلا برضاها ولا يزوجه لمن تكره لقوله تعالى « فان طلقها فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره » وقوله تعالى

---

(١) ونظرا لأن المشرع فى الجمهورية العربية المتحدة شرع بثلاثة اجراءات المحاكم الوطنية ما يمنع الموثقين من مباشرة زواج من لم يبلغ ستة عشر سنة من الاناث وثمانية عشر من الذكور. وشرع ما يمنع القضاة من سماع دعوى الزوجية قبل هذه السن وعليه فان موضوع خيار البلوغ أصبح معطلا وغير معمول به فى محاكم الأحوال الشخصية».

«وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي ان أراد النبي أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين» وفي أدلتهم هذه نظر خلافا لمن يرى من الجمهور أن النساء لا يباشرن عقد زواجهن وانما يزوجها الولي باذنها ورضاها وذلك لقوله تعالى «واذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن ان ينكحن أزواجهن» والنهي عادة موجه إلى من بيده المنهى عنه وهو العضل، ولقوله صلى الله عليه وسلم «لا نكاح إلا بولي» ولقوله صلى الله عليه وسلم «لا تنكح المرأة المرأة ولا المرأة نفسها ، انما الزانية التي تنكح نفسها » ولأن النكاح انما يراد لمقاصده من دوام العشرة وحسن المعاملة والرجال أقدر على فهم ذلك من النساء لانهن سريعات الانفعال سريعات الاختيار واختيار الرجال أقرب إلى القبول و اكثر طمأنينة للنفس.

هذا، والبكر هي التي لم تزل بكارتها بوطء في عقد صحيح أو فاسد يدرأ عنها الحد، وتعطى أحكام البكر لمن زالت بكارتها بزنا ولو تكررت منها أو زالت بكارتها بسبب عارض كتقدم سن أو صدمة أو غير ذلك على الأرجح عند المالكية.

والبكر البالغ أصناف ثلاثة عندهم :

(١) الصنف الاول : بكر رشدها أبوها أو وصيها.

(٢) الصنف الثاني : بكر عانس « وهي التي طالت اقامتها عند اهلها. »

(٣) الصنف الثالث : بكر لم ترشد ولم تعنس.

فالصنفان الأولان لهما حكم الثيب المتقدم ، والصنف الثالث حكمه عن المالكية حكم الصغيرة البكر المذكور في أحكام تزويج الصغيرة آنفا.



## المبحث السادس

### « زواج القاصر فى التشريع المسيحى »

ان رضا الزوجين ركن فى العلاقات الزوجية عند المسيحيين ، ولا يحل محله رضا شخص آخر ، ولكن لا يكتفى رضا الزوجين وحدهما لإبرام العلاقة الزوجية فى جميع الاحوال . فالزوجان الرشيدان ليس لأحد ولاية على نفسيهما فلهما أن يبرما العلاقة الزوجية بإرادتهما من غير حاجة إلى رضا أو أو اذن غيرهما . والرشد عند الأرثوذكس يبدأ من ٢١ سنة وكانت من قبل ٢٥ سنة .

جاء فى المادة ١٨ من قواعد الأحوال الشخصية للاقباط الارثوذكس ما يأتى :

(يجوز لمن بلغ احدى وعشرين سنة ميلادية كاملة رجلا كان أو امرأة أن يزوج نفسه بنفسه).

وأورد ابن العسال هذا الأصل وهو : وكانت الولاية على النفس لا تنقضى كما قلنا إلا ببلوغ ٢٥ سنة . وقال فى الفصل الرابع الذى أورد فيه حال الوالد مع ولده فى الزيجة ويحصل عليه حال المولى مع من هو وليه : (والتي لها سلطان على نفسها وتكون سنّها كاملة فلها أن تقارن بعلا على ما يوجهه الناموس ولو كان أبوها كارها وهذا حكم الولد ذكرا كان أو أنثى).

وجميع المذاهب المسيحية على ذلك .

ولكن يختلف الأمر — اذا كانت الولاية على الصغير — لا تزال قائمة وكان الصغير قد بلغ السن المقررة للزواج .

### زواج الصغير عند الكاثوليك :

يرى الكاثوليك أن الصغير الذى بلغ السن — سن الزواج — هو عندهم

ست عشرة سنة للرجل واربعة عشرة سنة للمرأة يستطيع أن يزوج نفسه ولو كان ذلك بغير اذن وليه.

وكان تقرير هذا المبدأ عند الكنيسة الكاثوليكية نتيجة تطور طويل فقد كان القانون الروماني — في عهده التقليدي يستوجب لصحة الزواج رضا رب الأسرة بالنسبة لمن يعيشون في كنفه من أبناء وبنات مهما بلغ سنهم. وبالنسبة للذكور كان يجب فضلا عن رضا رئيس الأسرة رضا الأب ولو بدوره لا يزال يعيش تحت سلطة الجد.

وقد سارت كنيسة روما على هذا المبدأ طول فترة قيام الامبراطورية الرومانية الغربية.

ولكن حين انهارت الامبراطورية الرومانية الغربية وجدت الكنيسة الرومانية نفسها ازاء شعوب أخرى لها عاداتها وقوانينها الأخرى.

وكان معظم الشعوب ينتمى بأصله إلى الجنس الالمانى وكانت القبائل الالمانية تفرق — فيما يتعلق بحق الشخص في تزويج نفسه بين الفتى والفتاة أما الفتى فأمره إلى نفسه بمجرد وصوله سن البلوغ فيصبح زواجه برضاه وحده دون حاجة إلى رضاء أبيه أو ولى نفسه. أما الفتاة فخضوعها لرأى أسرتها فيما يتعلق بالزواج الكامل فهي من جهة لم تكن تستطيع أن تزوج نفسها بارادتها وحدها مهما بلغ سنها — ومن جهة أخرى لم يكن لها حق الاعتراض على الزواج الذى يختاره لها أولياؤها من أسرتها وأقرت الكنيسة الرومانية — مبدأ حق الفتى في تزويج نفسه بمجرد وصوله سن البلوغ — ولكنها لم تقبل مبدأ إخضاع الفتاة إخضاعا تاما لأسرتها وقررت في هذا الشأن قاعدة هي :

ان الفتاة التى تبلغ سنا معينة لا يجوز تزويجها بغير ارادتها وانها تستطيع دائما وحتى ولو كانت دون هذه السن — أن ترفض تنفيذ خطبة عقدها من والدها بغير رضاها.

وقد وجدت الكنيسة صعوبة في اقرار هذا المبدأ الذي كان يخالف  
العرف السائد إذ ذاك - ولذلك فقد ذهب الراهب (جيراتيان) إلى أنه وإن لم  
يكن من حق الابوين تزويج الصغار من أولادهم وبناتهم الذين تحت ولايتهم  
مهما تكن سنهم بغير رضاهم. فان زواج هؤلاء الصغار لا يكون صحيحا  
بدوره إلا برضا أوليائهم.

ولكن لم يقدر لرأى (جيراتيان) أن يسود - فقد عارضه الاسقف  
(بيرلومبارد) وقرر المبدأ الذي تسير عليه كنيسة روما حتى اليوم، وهو أن  
الزواج المسيحي لا يجوز أن يخضع لأي سلطة خارجية ولو كانت سلطة  
الابوين - والقاعدة في ذلك عنده من شقين :

- ١ - أن رضا الزوجين وحده هو جوهر العلاقة الزوجية وركنها الأساسي.
- ٢ - ان رضا الوالدين أو أولياء النفس وان لم يكن لازما لانعقاد الزواج إلا  
أنه من المقومات التي يستلزمها ما يجب أن تحاط به هذه العلاقة المقدسة  
من توقيير واحترام.

وقد استقرت الكنيسة الكاثوليكية عند رأى (بيرلومبارد) وبرر ذلك  
عندها اعتبارات دينية منها أن الزواج (سر كنسي) ومن المقرر لديها أن  
الشخص يستطيع ممارسة الأسرار حين يصل سن البلوغ كما أنها تبيح للصبي  
واللصبية عند بلوغهما تلك السن أن يختارا الرهبة ولو كان ذلك بغير رضا  
أوليائهما فيكون لهما أيضا أن يزوجا نفسيهما بغير رضى هؤلاء الأولياء.

والواقع أن الكنيسة بتقريرها هذه المبادئ انما كانت تستهدف الحد  
من سلطان الآباء على أبنائهم ذلك السلطان الذي وصل في ذلك الزمان إلى حد  
إباحة بيع الأبناء رقيقا.

### زواج القاصر في القانون الفرنسي :

ان القانون الفرنسي يرى أن القاصر لا يتعقد زواجه إلا بموافقة أهله  
وذلك لأن القاصر بحكم سنه يحتاج إلى حماية، ولأن العلاقة الزوجية لها

أهميتها في واقع الحياة الاجتماعية، ولأنها ارتباط يستمر طول حياة الشخص، كما أنه ينشأ بين كل من أسرتي الزوجين علاقة دائمة هي المصاهرة. ومن ناحية أخرى فإن الاندفاع إلى الزواج يكون في كثير من الأحيان بتأثير عاطفة تطفئ على التفكير الهادئ ووزن المصالح مما يستدعي فرض نوع من الرقابة على الأشخاص الذين يخشى، بسبب سنهم، أن تفقد قوة العاطفة إلى قرار متعجل.

على أن لزوم موافقة أهل القاصر على زواجه لا يعنى الاستغناء عن رضائه هو بالزواج، ذلك أن موافقة الأهل ليست إلا اذنا بالزواج الذي يعقده القاصر برضائه هو.

ولم يكن القانون الكنسي يشترط مثل هذه الموافقة رغبة في تيسير الزواج، إلا أن السلطات المدنية (البرلمانات) لم توافق على مسلك القانون الكنسي، وكانت تذهب إلى ضرورة حصول من تقل سنه عن ٢٥ سنة على موافقة أهله على الزواج، أما من بلغ هذه السن فقد كان عليه أن يأخذ مشورتهم دون أن يكون ملزماً برأيهم. وقد أبيع للأهل حرمان من يتزوج من ابنائهم دون الحصول على موافقتهم من الميراث، ثم صار هذا الحرمان بقوة القانون وأضيف إليه سقوط حقوقهم فيما ينشأ عن الزواج أو الوصايا من حقوق مالية، كما كانت توقع عقوبات جنائية على من يغفل الحصول على تصديق أهله على زواجه.

ثم جاءت المجموعة المدنية (المادة ١٤٨) القديمة باستلزام الأهل على زواج من لم يبلغ الخامسة والعشرين من الذكور، ومن لم تبلغ الواحدة والعشرين من الإناث وقد عدلت السن بالنسبة للذكور فصارت الحادية والعشرين للجنسين منذ سنة ١٩٠٧ أما البالغون، فقد كان القانون يستلزم حصولهم على مشورة أهلهم أو إخطارهم بعزمهم على الزواج، حتى النى هذا الاستلزام في سنة ١٩٣٣ ولم يبق من ضرورة للحصول على رأى الأهل في هذا القانون، إلا بالنسبة لزواج من تقل سنهم عن ٢١ سنة (المادة ١٤٨

الحالية).

وقد لاحظ القانون ما لتدخل موثق الحالة المدنية من أثر في الزام الأزواج القصر بالحصول على هذه الموافقة فأوجب عليه أن يتحقق من صدورهما في الصورة القانونية ومن عدم الرجوع فيها، قبل اتمام الزواج، والا تعرض للعقوبات التي تنص عليها المادة ١٩٣ من قانون العقوبات الفرنسي (الغرامة من ألف إلى ١٨ ألف فرنك والحبس ستة شهور إلى سنة) كما أوجب عليه أن يثبت حصول الموافقة في وثيقة الزواج.

**من تلزم موافقتهم في زواج القاصر.**

تحديد من تلزم موافقتهم من الاهل، يختلف بحسب ما اذا كان المقبل على الزواج من الأبناء الشرعيين أو الطبيعيين أو من الأبناء بالتبني، ونبين فيما يلي من تلزم موافقتهم بالنسبة لكل طائفة، قبل أن نتكلم عن الاجراءات التي تحصل بها هذه الموافقة.

**الموافقة على زواج الأبناء الشرعيين عندهم:**

يثبت الحق في الأذن بزواج القاصر اذا كان ولدا شرعيا لوالديه ان كانا موجودين وقادرين على منح هذا الاذن، فان لم يكونا كذلك انتقل هذا الحق إلى غيرهما من الأصول، فان لم يوجد منهم أحد كان حق الموافقة لمجلس العائلة كما يظهر مما يلي:

**موافقة الوالدين ( الأب والأم ):**

اذا كان الأب والأم موجودين وجب على القاصر أن يحصل على موافقتهم على زواجه فالاصل أن يوافق كل منهما على الزواج فان رفضاه جميعا لم يصح ويتعين على القاصر الانتظار حتى يبلغ الرشد، ولكن قد يحصل الخلاف بينهما بشأنه فيوافق احدهما دون الآخر ، في هذه الحالة تكفي موافقة احدهما وسواء أكان هو الأب أم الأم ( المادة ١٤٨ مدني فرنسي). وعلى القاصر عند حصول الخلاف بين أبويه في شأن زواجه أن يخطر

من لم يوافق عليه منهما، وبأنه مصمم على المضى فيه ولو لم يحصل على موافقته، ويعنى من هذا الاخطار ايضا أن يكون الأب أو الام قد قام باخطار موثق الحالة المدنية بخطاب مصدق على امضائه فيه بعدم موافقته على الزواج.

وقد يكون الوالدان فى حالة انفصال جثمانى أو افتراق بالطلاق ومع ذلك فإن القواعد الحالية للقانون الفرنسى (بعد الغاء المادة ١٥٢) تقضى بأن الخلاف بين الوالدين يعتبر كموافقة بصرف النظر عن الانفصال أو الطلاق، ولذا فإن موافقة أحدهما فقط، تكفى لتصحيح زواج القاصر ولو كانت الموافقة من جانب من حكم ضده بالطلاق أو الانفصال وحرّم من ضم أبنائه اليه ولو كان قد تزوج مرة ثانية.

على أن أحد الوالدين قد يكون ميتا أو سقطت عنه السلطة الابوية أو فى حالة لا تسمح له بإبداء رأيه فى زواج ولده القاصر كما لو كان غائبا أو قامت موانع تحول دون اعتبار رأيه كما لو كان مجنونا أو محجورا عليه، فى هذه الصور يكتفى بموافقة الشخص القادر على إبداء رأيه سواء أكان الأب أو الأم (المادة ١٤٩ فقرة أولى) حتى ولو كان هناك انفصال أو طلاق بين الأب والأم، بل ولو كان القادر على إبداء الرأى هو الذى حكم ضده بالطلاق أو الانفصال.

واذا كان محل اقامة أحد الوالدين غير معروف واستمر ذلك لمدة سنة اكتفى أيضا برضاء الحاضر بشرط أن يحلف طالب الزواج والوالد الآخر على ذلك (أى عدم معرفة محل الإقامة).

ويباح للولد الاستغناء عن رأى أحد والديه اذا كان منفيا إلى المستعمرات تنفيذًا للحكم عليه بعقوبة الاشغال الشاقة، اكتفاء برأى الآخر، وهذا يعنى أن للوالد أن يبدي رأيه لو أراد ولده القاصر الحصول عليه (المادة ١٥٣ مدنى)

### موافقة الأصول غير الوالدين :

إذا لم يكن الوالدان في قيد الحياة ، أو كانا معا في أحد الظروف السابق ذكرها والتي تحول دون الحصول على رضاء أى منهما في هذه الأحوال ينتقل حق الموافقة على زواج القاصر إلى الاجداد من ناحية الأب ومن ناحية الأم للناحيتين في نفس الوقت (المادة ١٥٠ مدنى) وهذا يعنى أن يؤخذ فيه رأى كل جد أوجدة من الناحيتين إلا أن حساب الاصوات فى الموافقة أو الرفض يكون بالناحية ويكفى الرأى بالموافقة من ناحية واحدة ليصح الزواج وسواء أكانت ناحية الاب أو الأم ، لأن الانقسام يعتبر كالموافقة.

وفى حساب رأى الناحية الواحدة فى الموافقة يكفى أن يوافق أحد الجددين سواء أكان باقيا وحده أو كان الآخر لا يوافق على الزواج ، وبصرف النظر عما اذا كان من وافق هو الجد أو الجدة فرأيهما — فى ظل القواعد الحالية من قوة واحدة. وعلى ذلك لو وافقت الجدة لأم على الزواج ورفضه كل من الجد لأم والجد لأب والجدة لأب صح الزواج.

أما ان لم يبق من الاجداد والجدات أحد فى احدى الناحيتين فالموافقة تكون للناحية الاخرى وحدها.

### موافقة مجلس العائلة :

إذا لم يوجد لراغب الزواج القاصر ، أحد ممن سبق ذكرهم أو لم يكن أحد منهم قادرا على اعطاء الموافقة كان حق الموافقة على زواجه لمجلس العائلة (المادة ١٥٩) بعد أن يثبت طالب الزواج عدم وجود من يصلح للموافقة على زواجه من والديه أو أصوله ، ويكون ذلك باقرار منه مؤيد باليمين أمام قاضى المصالحات أو مجلس العائلة.

### الموافقة على زواج الأبناء بالتبني :

لم يكن القانون المدنى يبيح تبني غير البالغين ولذا لم تظهر فى نصوص مجموعة نابليون قواعد لتنظيم الموافقة على زواج القصر من الأبناء بالتبني ،

ولكن تبني القصر أجاز بقانون سنة ١٩٢٣ وعندئذ ظهرت ضرورة تعيين من يلزم رضاؤهم بزواجه ، هل هم أهله الطبيعيون أم أهله بالتبني ، وقد صدر قانون سنة ١٩٣٩ ليجعل للتبني الموافقة على زواج القاصر الذي يتبناه دون أهله الطبيعيين ، وإذا كان التبني من زوجين ، كان الخلاف بينهما بشأن الزواج مساويا للموافقة (المادة ٣٥١ مدني) كما هو الحال بالنسبة للوالدين الطبيعيين.

### الموافقة على زواج الأبناء غير الشرعيين :

تنص المادة ١٥٨ من المجموعة المدنية الفرنسية على أن الولد الطبيعي الذي يعترف به طبقا للقانون والذي لم يبلغ ٢١ سنة كاملة ، لا يستطيع أن يعقد زواجه إلا بعد الحصول على موافقة من اعترف به من والديه أو موافقتهما معا اذا كان الاعتراف منهما.

وعند انقسام الرأي بينهما تعتبر الموافقة على الزواج حاصلة ، اما اذا كان أحدهما قد توفي أو كان في حالة لا تسمح له بالتعبير عن ارادته ، أو كان مجهول الإقامة لمدة سنة ، فيكتفى بالحصول على رأي الوالد الآخر .

أما اذا كان الوالدان قد توفيا أو كانا في حالة لا تسمح بالحصول على رأيهما فان حق الموافقة لا ينتقل إلى الأجداد والجندات بل ينتقل في الحالات السابقة وكذلك في حالة ما تكون البنية غير معترف بها طبقا للقانون إلى مجلس الوصاية الاقليمي باعتباره مجلس عائلة (المادة ٣٨٩ فقرة ثانية ، معدلة بالمرسوم بقانون الصادر في سنة ١٩٣٩).

### شكل الموافقة وخصائصها :

رأينا أن الموافقة على زواج القاصر قد تصدر من أحد الاصول (الوالدين أو الاجداد أو الجندات) أو من مجلس العائلة أو مجلس الوصايا والشكل الذي تصدر فيه هذه الموافقة فقد يختلف من حال إلى آخر كما نرى فيما يلي :



### (أ) موافقة الأصول:

تصدر موافقة الأصل، عادة في حفل الزواج فيرافق الأصل الذي يلزم لإذنه بالزواج القاصر إلى مكان إتمام المراسم ليدل بموافقته شفاها أمسام موثق الحالة المدنية في صورة جواب على سؤال يوجهه اليه الموثق. ولكن قد تعوق هذا الأصل عن الحضور بشخصه عوائق من المرض أو بعده عن مكان إبرام الزواج في هذه الحالة يستطيع أن يصدر موافقته كتابة في وقت يسبق بطبيعة الحال وقت عقد الزواج. ويستلزم القانون في المادة ٧٣ من المجموعة المدنية الفرنسية أن تكون هذه الموافقة بورقة رسمية يحررها الموثق العادي أو موثق الحالة المدنية وإذا صدرت الموافقة مكتوبة يجب أن تتضمن تعيينا للشخص الذي يريد أن يتزوجه القاصر أى يجب أن تكون موافقة خاصة ولا يكفى ان تكون عامة ولذا لا يعتبر موافقة تصريح الاصل للقاصر «بأن يتزوج ممن يرغب» فهذا التصريح لا يعنى في الواقع أكثر من اعفاء القاصر من الحصول على الموافقة وهو اعفاء غير جائز.

والموافقة تظل غير ملزمة حتى اتمام مراسيم الزواج فلو كانت اعطيت يمكن لمن أصدرها الرجوع فيها ما دام الزواج لم يتم اذا ما انكشف له بعد الموافقة ما يدعوه إلى هذا الرجوع وحقه في الرجوع مطلق لا قيود عليه. وإذا مات من أصدر الموافقة قبل أن يتم الزواج فان الموافقة تسقط ويلزم الحصول على موافقة من ينتقل اليه الحق في ذلك بعده.

ويلاحظ أن القاصر ليس له الحق في التظلم أو الطعن بأى طريق، في رفض أصله الموافقة على زواجه، ولذا فليس هذا الأصل ملزما بتسبب رفضه.

### (ب) موافقة مجلس العائلة او مجلس الوصايا :

في هذه الحالة تصدر الموافقة دائما بالكتابة ويسلم سكرتير الجلسة صورة قرار المجلس بالموافقة لتقديمها للموثق وقرار هذه المجالس بالموافقة أو بالرفض نافذ بلا حاجة إلى تصديق المحكمة كما انه نهائى لا يجوز

توجيه أى نوع من الطعون اليه وهو ، كموافقة الاصول ، قابل للرجوع فيه اذا أصدر المجلس قرارا لاحقا بسحبه قبل اتمام مراسم الزواج .

### زواج القصر فى القانونين الايطالي واليونانى :

يستلزم كل من القانون الايطالى والقانون اليونانى لصحة زواج القاصر أن يوافق عليه من له السلطة الابوية كما هى الحال فى القانون الفرنسى ، ولكن هناك خلافات بين قواعد هذين القانونين وقواعد القانون الفرنسى ، كما أن تنظيمهما للموافقة يعتبر بصفة عامة ، أقل تعقيدا من تنظيمهما فى القانون الفرنسى .

#### ( ١ ) القانون الايطالى :

وتنظم الموافقة على زواج القاصر ، فى القانون الايطالى المادة ٩٠ من المجموعة المدنية التى تنص على ما يأتى :

لا يستطيع القاصر أن يبرم عقد زواجه بغير موافقة من له السلطة الابوية أو الوصاية عليه .

وتلزم موافقة قيم القاصر المحرر على زواجه . اذا كان هذا القيم أحد والديه .

واذا لم تحصل الموافقة شخصا أمام موثق الحالة المدنية الذى قدم اليه طلب شهر الزواج ، فيجب أن تكون بمحرر رسمى أو ورقة عرفية مصدق عليها ، وان تتضمن بيان اسم كل من المقبلين على الزواج ، سواء من تلزم الموافقة على زواجه أو الآخر .

واذا رفض من تلزم موافقته اعطاها يمكن أن يصرح وكيل النيابة العامة لدى محكمة الاستئناف باتمامه اذا بررت ذلك أسباب خطيرة .

ويمكن لوكيل النيابة أن يعين قيما يكلف بمعاونة القاصر على اتمام اتفاقات الزواج المالية .

ومن هذا النص يظهر أن حق الموافقة يكون لمن تكون له السلطة الابوية .  
وهذه تكون للأب طول حياته ، فان مات أو كان حيا ولكنه بعيدا أو وجد  
أى عائق آخر يجعل من المستحيل عليه مباشرة السلطة الابوية تنتقل هذه  
السلطة للأم (المادتان ٣٢٦ و ٣١٧ من المجموعة المدنية الإيطالية).

وإذا لم يكن من الممكن الحصول على موافقة الأب والام لموتهما أو  
لأى سبب آخر - كان حق الموافقة للوصى على القاصر . وفى هذا يختلف  
القانون الإيطالى عن القانون الفرنسى الذى يجعل الموافقة لمجلس العائلة لا  
لوصى إذا لم يوجد للقاصر أصل قادر على منحها.

ويلاحظ أن السلطة الابوية يمكن أن تنقضى بتحرير القاصر إذا بلغ سن  
الثامن عشر (المادة ٣٩١) ويكون للقاصر عندئذ قيم يتولى شئونه (المادة ٣٩٢)  
ويجب على القاصر المحرر أن يحصل على موافقة هذا القيم لاتمام زواجه  
ان كان القيم أحد والديه فان لم يكن أحد الوالدين لم تكن هناك حاجة للحصول  
على موافقته على الزواج.

وإذا رفض من تلزم موافقته اعطاءها كان للقاصر أن يتظلم من هذا  
الرفض ولو كىل النيابة أن يحل محله فى منح الاذن اذا قامت لذلك أسباب  
خطيرة، وهذا الحكم يخالف الماخوذ به فى القانون الفرنسى حيث لا وسيلة  
للتظلم من رفض الموافقة ممن يملكها و لو كان مجلس العائلة.

ومن الفقرة الثالثة من المادة ٩٠ يتبين أن الموافقة اما أن تتم أثناء مراسيم  
الزواج شفاها واما أن تصدر مكتوبة، وعندئذ يلزم أن تثبت فى محرر رسمى  
أو عرفى مصدق عليه ، كما يجب أن تتضمن تعيينا لكل من الزوجين  
بحيث تعتبر موافقة خاصة كما هو الحال فى القانون الفرنسى.

وإذا علمنا أن امكان الرجوع فى الموافقة الصادرة قبل وقت إتمام  
المراسيم أساسه أن لزومها يكون فى هذا الوقت فاننا نستطيع القول بأن  
الرجوع فى الموافقة قبل إتمام الزواج جائز فى القانون الإيطالى جوازه فى

القانون الفرنسى.

### (ب) القانون اليونانى :

تنص المادة ١٣٥٢ من المجموعة اليونانية على أن القاصر الذى ليست له مباشرة التصرف القانونية له أن يبرم زواجه بموافقة من يباشر عليه السلطة الابوية أو أمه ان كان لها حضانتة، أو الوصى أو القيم عليه وفي حالة رفض هؤلاء يجوز للمحكمة بعد سماع أقرب أقرباء القاصر اذا كان حضورهم ممكنا أن تأذن بالزواج اذا استوجبه مصلحة القاصر.

فالأصل أن حق الموافقة على زواج القاصر لايه، ان كان موجودا باعتباره صاحب السلطة الابوية الا اذا كان عاجزا عن مباشرة هذه السلطة وحلت الام محله فيها (المادة ١٥٠٠ يونانى) فيكون حق الموافقة للام أيضا اذا تقررت حضانتها للقاصر بعد ابطال الزواج أو انحلاله بالطلاق طبقا لحكم المادة ١٥٠٣ والمادة ١٥٠٥ من المجموعة المدنية اليونانية.

ويلاحظ أن القاضى اليونانى يجعل حق الموافقة لكل من الوصى والقيم على القاصر، كما انه يرسم طريقا للتظلم ممن رفضها ويجعل للمحكمة أن تأذن بالزواج اذا كان محققا لمصلحة القاصر.

### القانون السودانى :

لم يكن هنالك تشريع يقيد الأولياء اذا ما أرادوا تزويج من فى ولايتهم من الصغار حتى صدر المنشور رقم ٥٤ لسنة ١٩٦٠ فمنع الأولياء من زواج القاصرة حتى تبلغ من العمر عشر سنوات ويخشى عليها الفساد وباذن من القاضى ونص المادة كالآتى :

« المادة (٨) القاصرة اذا خيف فسادها وتمت عشر سنوات تزوج بعد إذن القاضى وبشترط قبولها بالزوج كما يشترط أن يكون الزوج كفؤا لها والمهر مهر مثلها والجهاز مناسبا »

المفهوم المخالف لهذه المادة «أن القاصر اذا كانت أقل من عشر سنوات

لا تزوج أبداً، وان خيف فسادها . وليس للقاضي أن يأذن بزواجها وليس لوليها المجبر حق تزويجها لا قبل بلوغها سن العاشرة ولا بعده (١).

### القانون المصري :

لم يكن هناك تشريع يقيد الأولياء اذا ما أرادوا تزويج من في ولايتهم من الصغار حتى صدر القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٢٣ فمنع الموثقين من توثيق عقد الزواج إلا اذا ثبت لديهم أن سن الزوجة لا تقل عن ١٦ سنة وسن الزوج لا يقل عن ١٨ سنة ، وقرر عدم سماع دعوى الزوجة اذا كانت سن احد الزوجين عند انشاء العقد دون هذه السن ولو كانت عند التقاضي لا تقل عن هذه السن، ولكن رؤى تيسيرا على الناس وصيانة للحقوق واحتراما لآثار الزوجية أن يقصر المنع من السماع على حالة واحدة، وهي ما اذا كانت سنهما أو سن أحدهما وقت الدعوة أقل من السن المحددة، وذلك في القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ وقد بنى هذا التشريع على انه لولى الأمر سلطة تخصيص القضاء بالزمان والمكان وعلى ذلك منع القضاة من سماع دعوى الزوجية أو أى أثر من آثارها ماعدا النسب. ومن المفهوم أن القانون لم يتعرض لصحة الزواج ونفاذه في هذه السن، بل ترك حكمه كما هو ، وانما منع توثيقه أو سماع الدعوى به فقط وذلك غير مقيد بحال الانكار (١)

---

(١) يراجع المنشور رقم ٥٤ الصادر بتاريخ ١٩٦١/٥/٢٨ محكمة عموم السودان الشرعية.

(١) من كتاب النيابة عن الغير في التصرف للاستاذ الشيخ علي الخفيف ص ٤٧

## الفصل الثاني

احكام الغيبة والعزل والرضي

### المبحث الاول

غيبه الولي واحكامها.

الغبية القرية عند المالكية :

الغبية القرية هى التى تقدر بعشرة أيام ذهابا وايابا بوسائل المواصلات القديمة.

وللحاكم أن يوقف الزواج عنها ويكتب إلى وليها، وللأقرب والحاكم أيضا رد النكاح ما لم يطل الزمان بعد العقد وقبل الدخول، فالولى الخاص غير المجبر مخير في الرد وعدمه لقول ابن القاسم فى المدونة « ان أجازه الولي بالقرب جاز سواء دخل أم لا، وان أراد فسخه بحدثان الدخول فذلك له. أما اذا طالت اقامتها معه وولدت الأولاد، أمضيته ان كان صوابا قاله مالك خلافا لابن سعدون (١) ».

وفهم من كتاب استاذنا المرحوم الشيخ معوض مصطفى سرحان فى الأحوال الشخصية.

ان النكاح يفسخ مطلقا اذا تم بولاية غير المجبر فى غيبة المجبر القرية، اذا كان المجبر الغائب يقوم بالنفقة على موليته ولم يخش عليها الفساد ولم يقصد عزلها والحاق الضرر بها وكان الطريق مأمونا.

هذا فى المجبرة أما فى غير المجبرة فللحاكم أن يزوجه ولو غاب الولي مسافة قرية كمسافة ثلاثة ليالى اذا كان الزوج كفأ لها.

الغبية البعيدة عندهم :

الغبية البعيدة هى ما استغرق زمن الوصول إلى الغائب ثلاثة شهور

بوسائل المواصلات القديمة (٢).

للحاكم مع عدم وجود الولي الخاص غير المجبر أو لغيبته غيبة بعيدة أن يزوج الشريفة، وله أن يرد زواجها اذا تزوجت بالولاية العامة وله أن يجبرها.

وللحاكم أن يزوج ابنة المجبر اذا غاب عنها غيبة بعيدة أيضا.

وليس للحاكم أن يزوج المجبرة اذا كان يرجى قدوم المجبر الذي بعدت غيبته ما دام يرجى قدومه بسرعة إلا اذا خيف فسادها أو انقطعت نفقتها.

والغائب الذي لا يعلم موضعه كالأسير والمفقود اذا لم يعلم له خبر نزل منزلة موته، وتنتقل الولاية لمن بعده على المشهور لا للحاكم وحكي ابن رشد على أنه كذا الغيبة البعيدة لا يزوج ابنته إلا الحاكم (١).

#### الغيبة المنقطعة عند الحنفية :

الغيبة المنقطعة عند الأحناف هي التي تكون الى بلد لا تصل اليها القوافل في السنة إلا مرة واحدة، وهذا اختيار القدوري، وقيل اذا سافر إلى موضع لو انتظر حضوره منه لاستطلاع رأيه يفوت الكف.

وقال قاضيخان في الجامع الصغير لو كان مختفيا في المدينة بحيث لا يوقف عليه تكون غيبته منقطعة وهو رأى حسن.

ومن المشايخ من قال: الغيبة المنقطعة أن يكون الولي متجولا من موضع إلى موضع فلا يوقف على أثره أو يكون مفقودا لا يعرف خبره، وقيل أدنى مدة السفر لأنه لا نهاية لأقصاه وبعضهم حدد فقال أبو يوسف مثلما قال زفر «ما بين جابلقا إلى جابلسا» وهما قرنتان احدهما بالمشرق والأخرى بالمغرب

(١) يراجع الخرشى على خليل ج ٣ ص ١٨٢ ، ١٨٣

(٢) وغايتها كما قال مالك مسافة افريقيا إلى القيروان وعند ابن رشد ابتداءها مصر والمسافة بينهما نحو ثلاثة أشهر وبين المدينة والقيروان أربعة أشهر.

وقال محمد في رواية «ما بين الكوفة إلى الرى» .

إذا غاب الولي الأقرب غيبة منقطعة جاز لمن هو أبعد منه أن يزوج لأن الولاية نظرية عندهم، وليس من النظر التفويض إلى من لا يتنفع برأيه ففوض للأبعد لأنه أولى من السلطان وليس للأقرب الغائب أن يزوجها حيث هو لأن ولايته انقطعت بالغيبة، ولأنه لو جاز عقده حيث هو لأدى ذلك إلى مفسده لأن الحاضر لو زوجها بعد تزويج الغائب بعدم علمه لدخل بها الزوج وهى فى عصمة غيره .

هذا خلافا لزرر الذى يقول لا يجوز لأن ولاية الأقرب فى نظره قائمة لأنها ثبتت حقا له صيانة للقرابة فلا تبطل بالغيبة، وعنده لو زوج الأقرب موليته حيث هو جاز ولا ولاية للأبعد مع ولايته، وتبقى موليته لا يزوجها أحد حتى تبلغ لأن الأقرب على ولايته.

**الغيبة البعيدة عند الشافعية :**

الغيبة البعيدة هى ما كانت إلى مرحلتين أو أكثر وطالت معها غيبة الولي وجهل محله وحياته ولم يحكم بموته وليس له وكيل حاضر يزوج موليته ، فان الزواج يكون للسلطان لا للولي الأبعد لبقاء أهلية الغائب ولأن الأصل بقاءه.

والأولى عند الشافعية أن يأذن السلطان للأبعد أو يستأذنه خروجا من الخلاف.

**الغيبة القريبة عند الشافعية :**

الغيبة القريبة عند الشافعية هى ما كانت دون مسافة القصر.

إذا ظهر عندهم ببيئة أو بحلف أن السولى غاب غيبة قريبة فان زواج

---

(١) أما جنون الأب غير المطلق أو حبه لا تزول معهما الولاية لأن برأ المجنون وخروج المحبوس مرجوان بخلاف المجنون جنونا مطبقا فوصيه أو الحاكم يزوج بنته كتيمة.



السلطان لا يصح إلا إذا أذنه الولي الأقرب لأن الولي الأقرب بمنزلة المقيم بالبلد.

ليس للسلطان أن يزوج موليه الغائب غيبة قريبة إلا إذا تعذر أذنه لنحو خوف أو تضرر بفوات كفء راغب.

هذا وتصدق طالبة الزواج في غيبة وليها وخلوها من الموانع بقولها ، وان كان يستحب طلب بيئة منها بذلك والا فتحليفها احتياطاً للانكحة لأنها لم تأذن للغائب ان كان ممن لا يزوج إلا باذن وانه لم يزوجها في الغيبة ، إن الحت في الطلب ورأى القاضي التأخير.

وقد اختلفوا في ايجاب هذا اليمين واستحبابه.

#### الغيبة المنقطعة عند الخنابلة :

الغيبة المنقطعة عندهم هي التي يكون السفر فيها إلى موضع لا يصل إلى الولي فيها كتاب أو يصل ولا يستطيع الاجابة عليه.

وقيل حد المسافة أن لا تتردد القوافل فيه في السنة إلا مرة واحدة، وقيل المسافة التي تقصر فيها الصلاة، وقيل الغيبة التي لا تدرك الا بكلفة ومشقة، وهذا القول الأخير قول أحمد ولعله هو الأقرب إلى الصواب لأن التحديدات بابها التوقيف ولا توقيف في المسافة فتزد الى ما تعارفه الناس بينهم مما لم تجر العادة بالانتظار فيه لما يلحق المرأة من الضرر بمنعها من التزويج في مثله.

ويجوز للأبعد من عصبتها عندهم تزويجها دون الحاكم لأن الأقرب تعذر التزويج منه فتثبت الولاية لمن يليه من العصبات كما لو جن أو مات. ولأنها حالة يجوز فيها التزويج لغير الأقرب فكان ذلك للأبعد كالأصل ، وإذا عضلها الأقرب فهو كمسألتنا وفي حال عدم الأقرب فالسلطان لأن السلطان ولي من لا ولي له.

### المحبوس والأسير :

ومثل الغائب غيبة منقطعة عندهم المحبوس والأسير في مسافة قريبة لا تمكن معها مراجعته لأن البعد لا يعتبر لغيبته بل يعتبر لتعذر الوصول إلى التزويج بنظره وهذا الأمر موجود هنا. ومثلهما أيضا من كان غائبا ولا يعلم أقرب أم بعيد أو لا يعلم مكانه.

## المبحث الثاني

### « احكام العضل »

عضل الولي موليته عند المالكية :

لا يعتبر الأب عاضلا اذا رد الخاطب لبنته البكر صغيرة أو كبيرة مجبرة مرة أو مرتين لأن الأب مجبول على الحنان والشفقة ببنته، والبكر تجهل في الغالب مصالح نفسها ، فرده يحمل على أنه ربما علم من حالها أو حال الخاطب مالا يوافق المصلحة ، مالم يتحقق الحاكم أن الاب قصد برده الخاطب الاضرار بابنته البكر ، فيقول له (١) «اما أن تزوج وإلا زوجناها عليك».

ويعتبر غير الأب المجر (اذا رد الخاطب الكفء لغير المجبرة) عاضلا من أول مرة ومثله الوصى خلافا لمن يرى أنه كالأب.

وللثيب التي رد وليها خاطبها الكفء أن ترفع أمرها للحاكم وللحاكم أن يزوجه بعد أن تأذن بالقول ، لانها اذا رضيت بالكفء وجب عليه تزويجها ولو كان يريد لها كفأ غيره ، لأن ذلك أدعى لدوام العشرة، وامتناعه عن تزويجها من غير أن يبدى سببا صحيحا يعتبر عضلا واضرا بها، واصراره على الامتناع ظلم يقتضى أن يتولى القاضى أمر تزويجها باعتباره نائبا عنه بحكم الشرع ولأنه نصب لرفع المظالم (١).

عضل الولي موليته عند الحنابلة :

العضل هو منع المرأة من التزويج بكفئتها اذا طلبت ذلك ورغب كل واحد منهما في صاحبه ولو بأقل من مهر المثل ( وذلك لأن معقل بن يسار زوج أختا له لرجل فطلقها حتى اذا انقضت عدتها جاء يخطبها ، فقال له زوجتك وأفرشتك واكرمتك فطلقتها ، ثم جئت تخطبها ، لا والله لا تعود

(١) الخرشى ج ٣ ص ١٨٩

اليك أبدا ، وكان رجلا لا بأس به ، وكانت المرأة تريد أن ترجع اليه ،  
فأنزل الله هذه الآية (ولا تعضلوهن) فقلت ، الآن افعل يا رسول الله ،  
قال ، زوجها اياه (٢).

فالمرأة اذا عضلها الولي الاقرب انتقلت الولاية عند الخابلة إلى الابعد  
نص على ذلك أحمد، وعنه رواية أخرى أن الولاية تنتقل إلى السلطان وقد  
اختار هذا الرأي الأخير أبو بكر.

والرأي الأول هو الصحيح، لأنه اذا تعذر التزويج من جهة الأقرب  
يمكن الأبعد كما لو جن الأقرب ، ولأن الولي العاضل يفسق بالعضل والفاسق  
عندهم تنتقل ولايته للأبعد كما لو شرب الأقرب خمرا ولأن الولاية تعتبر  
لها العدالة وقد زالت بعضله موليته بغير وجه حق.

هذا واذا عضل الأولياء كلهم زوج الحاكم لقوله صلى الله عليه وسلم  
« السلطان ولي من لا ولي له » ومن الممكن حمل هذا الحديث على ما اذا  
عضل كل الأولياء (١).

#### عضل الولي موليته عند الشافعية :

يرى الشافعية أن الولي اذا عضل موليته واشتجر معها فالولاية للسلطان  
لقوله صلى الله عليه وسلم « فان اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له » ولأن  
ذلك حق عليه امتنع من آدائه فقام الحاكم مقامه كما لو كان عليه دين وامتنع  
من قضائه.

---

(١) النيابة عن الغير في التصرف للاستاذ الشيخ على الخفيف ص ٢٠

(٢) رواه البخارى.

(١) المغنى لابن قدامة ج ٦ ص ٤٧٦ ، ٤٧٧

## المبحث الثالث

« ما يكون به الرضى في الزواج »

**ما يكون به رضى البكر عند الحنفية :**

يكون رضى البكر الصغيرة والكبيرة والثيب الصغيرة اذا استأذنها وليها وذكر لها الزوج على وجه تقع به المعرفة كالسكوت او الضحك لقوله صلى الله عليه وسلم ( البكر تستأمر فى نفسها فان سكنت فقد رضيت ) ولأن جانب الرضى فى السكوت أرجح ، لأن البكر تستحى عادة من اظهار الرغبة فى النكاح ، ولأن الضحك أدل على الرضى من السكوت ، بخلاف ما اذا بكت لأن البكى يدل على السخط والكراهية ، وقيل ان الضحك نوعان ضحك للاستهزاء بما سمعت وهذا يدل على عدم الرضى ، وضحك بلا صوت وهو يدل على عدم الرد وان كان لا يدل على الرضى صراحة . هذا وقيل ان المراد بالسكوت الاختيار وان كانت لا تعلم أن سكوتها رضى ، لا الاضطرار مثل أن تصاب بسعال أو عطاس أو يمنع فمها من النطق مانع ، وعلى أى حال فان المعول عليه عند الحنفية قرائن الأحوال فى البكاء والضحك فان تعارضت القرائن أو أشكلت احتيط عن ذلك بما يرى أنه أقرب الى جانب الرضى .

أما اذا استأذنها غير الولى أو ولي أبعد فلا بد لرضاها من القول والنطق ، والحنفية لا يشترطون فى الاستئذان تسمية المهر لأن النكاح صحيح بدونه وقيل يشترط لاختلاف الرغبة باختلاف الصداق والصحيح الاول وهو الأوجه .

**ما يكون به رضى الثيب :**

يكون رضى الثيب الكبيرة اذا استأذنها وليها بالقول لقوله صلى الله عليه وسلم « الثيب تشاور » ولأن النطق لا يعد عيباً منها وذلك لأن الثيب

بالممارسة يقل عندها الحياء، ولأنه لابد من طلب رأيها لحديث أبي هريرة القائل « لا تنكح الايم حتى تستأمر. » والأمر يكون بالقول لا بغيره مثل أن تقول لوليها صراحة رضيت، أو بارك الله لنا، أو أحسنت، أو تقول له دلالة كأن تطلب المهر أو النفقة أو تمكينها من الوطء أو تقبل التهنتة أو تضحك سرورا لا استهزاء (١).

ما يكون به رضى البكر (٢) عند الحنابلة :

أما البكر الصغيرة فيزوجها الولي المجبر بغير اذنها وإن كرهت واذنها الصمات، فإن نطقت كان أبلغ وأتم في الاذن وهذا اذا زوجت من كفاء لقوله تعالى (واللائى يثن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن ...) فجعل الله تعالى لللائى لم يحضن عدة وهى ثلاثة أشهر ولا تكون هذه العدة إلا من الطلاق فى نكاح أو فسخ فدل ذلك على أنها تزوج وتطلق ولا اذن لها يعتبر، ولقول عائشة رضى الله عنها « تزوجنى النبى (ص) وانا ابنة ست وبنى بى وأنا ابنة تسع » متفق عليه ومعلوم أنها لم تكن فى تلك الحالة ممن يعتبر اذنها.

وروى الأثرم أن قدامة بن مظعون تزوج ابنة الزبير حين نفست فقبل له فقال « ابنة الزبير ان مت ورثتنى وان عشت كانت امرأتى » وزوج على ابنته أم كلثوم وهى صغيرة لعمر بن الخطاب رضى الله عنهما.

أما البكر البالغة ففيها روايتان :

(١) يراجع كتاب فتح القدير ج ٢ ص ٣٩٨ فما بعدها

(٢) المغنى ج ٦ ص ٤٩٠

روى عن أحمد بإسناد عن عائشة أنها قالت « اذا بلغت الجارية تسع سنين فهى امرأة » وفي المذهب الحنبلي روايتان احدهما أنها كمن لم تبلغ وهو قول مالك والشافى وأبى حنيفة وسائر الفقهاء لأنها لم تبلغ ولأن اذنها لا يعتبر فى سائر التصرفات والرواية الثانية حكمها حكم البالغة لا تنكح إلا بأذنها وان أبت فلا جواز عليها وقد اتفق به الاذن فيمن دونها فيجب حمله على من بلغت تسعا.

احدهما، للولى المجبر تزويجها بغير اذنها كالصغيرة وهذا مذهب مالك والشافعى وابن أبى ليلى واسحق لقوله صلى الله عليه وسلم «الأيمن أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن واذنها صماتها».

والثانية ، ليس له ذلك واختارها أبو بكر وهو مذهب الأوزاعى والثورى وغيرهما لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال «لا تنكح الأيمن حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن» فقالوا يا رسول الله فكيف اذنها؟ قال «أن تسكت» متفق عليه.

هذا والراجح عند الحنابلة أن البكر البالغة يستحب استئذانها لأن النبى صلى الله عليه وسلم أمر به ونهى عن النكاح بدونه ولأنه فيه تطيب لقلبها وخروج من الخلاف ولقوله صلى الله عليه وسلم «استأمرُوا النساء فى ابضاعهن فإن البكر تستحي فتسكت فهو اذنها» . متفق عليه (١).

#### ما يكون به رضى الثيب :

أما الثيب عند الحنابلة فاذاً يكون بالكلام ولا يعلم عندهم بين أهل العلم من خالف فى ذلك لأن اللسان هو المعبر وأيضاً للخبر الذى ورد فى هذا الصدد.

#### ما يكون به رضى البكر واذنها عند الشافعية :

ان البكر صغيرة أو كبيرة عاقلة أو مجنونة تزوج عندهم بغير رضاها

(١) المغنى ج ٦ ص ٤٩١

روى عن عطاء قال (كان النبى صلى الله عليه وسلم يستأمر بناته اذا أنكحهن قال كان يجلس عند خدر المخطوبة متنه فيقول ان فلا نا يذكّر فلا تة . فان حركت الخدر لم يزوجه وان سكنت زوجها.

هذا ويستحب استئذان المرأة فى تزويج ابنتها لقوله صلى الله عليه وسلم «أمروا النساء فى بناتهن» ولأنها تشارك الولى فى النظر لابنتها وتحصيل المصلحة لها ولشفقتها عليها هذا وفى استئذانها تطيب قلبها وارضاء لها.

ومن غير أن تأذن قال صلى الله عليه وسلم « الثيب أحق بنفسها من وليها  
والبكر يزوجه أبوها ».

ويستحب استئذانها إذا كانت بالغة تطيباً لقلبها لقوله صلى الله عليه  
وسلم « والبكر يستأمرها أبوها ».

أما الصغيرة غير البالغة فلا اذن لها عنده وندب عند بعضهم استئذان  
المميزة.

هذا ويستحب عندهم عدم تزويج الصغيرة غير البالغة إلا لحاجة أو  
مصلحة.

#### ما يكون به رضى الثيب :

الثيب البالغة العاقلة لا تزوج إلا بإذنها لخبر مسلم « الثيب أحق بنفسها  
من وليها » لأنها بممارسة الرجال زالت غباوتها وعرفت ما يضرها وما  
ينفعها منهم.

أما الصغيرة العاقلة غير البالغة فإنها لا تزوج حتى تبلغ لوجوب اذنها،  
واذنها متعذر مع صغرها، بخلاف الثيب المجنونة فإنها تزوج مطلقاً.

#### ما يكون به رضى البكر واذنها عند المالكية :

البنت البكر المجبرة يكون رضاها بالقول أو الضحك أو البكاء أو  
السكوت « الصمت ».

ومنعها أيضاً يكون بالقول أو النفور أو البكاء الدال على المنع أو الضحك  
الدال على الاستهزاء .

ويكفي في رضا البنت البكر البالغ غير المجبرة (كالتى مات أبوها مثلاً  
أو فقد أو أسر أو غاب غيبة بعيدة أو نحو ذلك) صمتها ولا يشترط نطقها  
لأن العادة المطردة تجرى على أن أكثر الأبيكار يمتنعن من النطق فى مثل  
هذه الظروف ، لما يلحقهن من الحياء ، ولئلا تنسب فى ذلك الى الميل للرجال .



وكما يكتفى بصمتها في رضاها بالزواج والصداق يكتفى به في تفويضها لوليها في تولى عقد نكاحها اذا كانت حاضرة ، لأن الولي غير المجبر لا يعقد الا بتفويض منها له عند ابن القاسم.

ويستحب اخبار البكر ان صمتها رضا واذن بالزواج وأن جهلها بذلك لا يقبل في تأويل الأكثر من الأشياخ لشهرته.

واذا نطقت أو غيرت منعت البكر بما يدل على امتناعها عن الزواج عند استئذانها لا تزوج حتى ولو عرفت بالبله ، لثلا تضعيب فائدة الاستئذان (١). ما يكون به رضى الثيب عند المالكية :

لا يكون رضى الثيب بالزواج أو امتناعها عنه إلا بالقول باتفاق.

ويرى ابن القاسم انها ان كانت حاضرة في مجلس العقد يكتفى سكوتها ومثلها بكر رشدها أبوها أو وصيه بعد بلوغها، وكذا بكر مجبرة عضلها أبوها وزوجها الحاكم ، بخلاف ما اذا أمر الحاكم أباه بتزويجها فلأب جبرها ولا يحتاج لاذنها، وبكر مجبرة زوجت برقيق غير كفء أو بذى عيب غير كفء كمجنون أو أبرص أو مجنون أو زوجت بعرض ولا أب لها ولا وصى ينظر في مالها فلا بد من نطقها ، لانها بائعة ومشتريه والبيع والشراء لا يلزم فيهما الصمت على حد تعبير المالكية ؛ أو يتيمة بلغت عشرة سنوات زوجها الحاكم خشية فسادها أو غير مجبرة افتات عليها وليها غير المجبر فلا بد من نطقها لتدفع عن نفسها الاعتداء على حقها (١).

## المبحث الرابع

### احكام المقتات عليها.

#### المقتات عليها :

هى التى تعدى عليها وليها فزوجها بدون رضاها وكانت غير مجبرة،

(١) اراجع الخرشى ج ٣ ص ١٨٤ ، ١٨٥

وزواجها يصح بشروط منها:

- ١ - أن ترضى بالنطق بعقد نكاحها.
- ٢ - أن يقرب رضاها من زمن العقد - كالمسافة بين المسجد محل العقد وبيت المفتات عليها - من اليوم نفسه.
- وقيل يصح ولو بعد الزمن.
- ٣ - وأن تكون المرأة المفتات عليها من نفس البلد الذى وقع فيه الافتيات.
- ٤ - وأن لا يقر الولي بالافتيات حال العقد بل يدعى اذنها أو يسكت، أما إذا أقر به فإن العقد يفسخ أبداً وإن كان رضاها بقرب العقد.
- ٥ - وأن لا ترد المفتات عليها النكاح قبل رضاها فإن ردت فإن رضاها بعد ذلك لا يعتبر وإن قرب من العقد. هذا والافتيات علي المعقود لهما معا يفسخ العقد ولو وجدت كل الشروط.

## المبحث الخامس

### الرضى والاذن فى التشريع المسيحى

رضا الزوجين عند المسيحيين هو جوهر العلاقة الزوجية وركنها الأساسى ولا يغنى عن ارادة الزوجين ارادة أخرى مهما كان مصدرها.

١ - لا ينعقد الزواج بارادة ولى النفس وحده ولو كان الزوجان صغيرين.

٢ - لا ينعقد باجراء الطقوس الكنيسية وحدها.

٣ - لا ينعقد بأى ارادة أخرى بشرية غير الزوجين.

وعلى هذا المبدأ نصت قوانين الأحوال الشخصية للاقباط الأرثوذكس (لا زواج إلا برضا الطرفين) والكاثوليك (يقوم الزواج بالرضى .. ولا يستطيع أى سلطان بشرى كان أن يعوضه).

ويقول الانجليز فى قانونهم : (لا يجوز أن يعقد الزواج إلا بعد الرضا بالايجاب والقبول من الزوجين).

من المقرر أن الرشدين ليس لاحد ولاية على انفسهما لكل منهما أن يزوج نفسه والولاية على النفس تنتهى بانتهاء السن المقرر لها وهو مختلف بين المذاهب المسيحية.

عند الأقباط الأرثوذكس : ٢١ سنة الآن وكان ٢٥.

إذا كانت الولاية قائمة، والصغير قد بلغ سن الزواج فألأمر فيه خلاف

الرضى والاذن عند الكاثوليك : إذا بلغ الصغير سن الزواج (١٦ للرجل ١٤ للبنات) يستطيع أن يزوج نفسه ولو بغير اذن وليه.

وهذا المبدأ قرر نتيجة تطور طويل.

فقد كان القانون الرومانى يشترط رضا رب الأسرة بالنسبة لمن يعيشون فى كفها من أبناء وبنات مهما بلغ سنهم بالإضافة لرضا الاب بالنسبة للذكور.

وسارت الكنيسة على هذا طوال قيام الامبراطورية الغربية.

وكانت القبائل الالمانية - التي وجدت الكنيسة نفسها ازاءها بعد انتهاء الامبراطورية تفرق بين الفتى والفتاة، فالفتى أمره إلى نفسه منذ سن البلوغ دون حاجة إلى رضا أبيه أو وليه، والفتاة تخضع للأسرة خضوعاً كاملاً مهما بلغ سنهما وليس لها أن تفرض فأقرت الكنيسة مبدأ حق الفتى. ولم تقبل مبدأ اخضاع الفتاة وقررت أن الفتاة متى بلغت سناً معيناً فلا يجوز تزويجها إلا بإرادتها، وأنها تستطيع الرفض ولو كانت دون هذه السن. ولقيت الكنيسة صعوبة في اقرار المبدأ لمخالفة العرف.

ذهب الراهب جيراشيان الي: انه وان لم يكن للاباء تزويج الابناء إلا برضاهم مهما كانت سنهم. فان زواج هؤلاء الصغار لا يكون صحيحاً بدون رضى اوليائهم.

ولم يسد رأيه حيث عارضه الاسقف بيرلومبارد وذهب بير إلى أن الزواج المسيحي لا يخضع لأي سلطة خارجية ولو كانت سلطة الابوين. وقاعدته تتألف من شقين:

١ - رضا الزوجين جوهر العلاقة الزوجية وركنها الأساسي.

٢ - رضا الابوين أو أولياء النفس وان لم يكن لازماً للانعقاد إلا أنه من المقومات التي يستلزمها ما يجب أن تحاط به هذه العلاقة المقدسة من توقير واحترام.

قبلت كنيسة روما هذا وسارت عليه إلى اليوم. وبررت بأن الزواج سر كنسي والشخص يستطيع ممارسة الاسرار متى بلغ - والبالغ والبالغة يستطيع الرهبنة ولو بغير رضا الولي فكذلك الزواج. وبهذا حدث من سلطة الاباء التي وصلت حينذاك إلى حد بيع الابناء.

رفض مجمع ترنت - في القرن ١٦ المنعقد لمراجعة القانون الكاثوليكي -

اقتراحا بتقرير بطلان الزواج الذى يعقده الصغيران بغير رضا والديهما قبل ١٨ للفتى و ١٦ للفتاة بحجة أن هذا الاقتراح :

١ - ينافى الحرية الكاملة للشخص فى ممارسة ما يعد عقيدة.

٢ - يخالف القانون الطبيعى مادام هذان يستطيعان ممارسة الفعل الزوجى.

٣ - قد يؤدى هذا إلى مفارقة الزنى.

استقر المبدأ فى الكاثوليكية واعتبر سن الزواج (١٦ - ١٤) دون اشتراط رضا الولي.

واكتفت الادارة الرسولية بالنص على أنه :

(وان صح عقد الزواج بعد السن المذكور فليحرص مع ذلك رعاة النفوس ان يرغبوا عنه الشبان اذا طلبوه قبل السن التى ألف الناس فيها عقده حسب القواعد المرعية فى كل بلد)

كما نص القانون ٢٤ على أن الكاهن يتعين عليه أن يحرص على نصح الاولاد القاصرين على أن لا يعقدوا الزواج دون علم والديهم أو بالرغم منهم اذا لم يوافق هؤلاء على الزواج عن صواب، واذا لم يذعنوا فلا يحضر زواجهم مالم يسبق ويستشير الرئيس الكنيسى بعدم الانصياع لنصح الكاهن، ولا يترتب عنه الا تأخير عقده اذا رأى الرئيس الكنيسى ان لا يأذن للكاهن.

**رضى ولي النفس عند الكنائس الشرقية :**

لابد من رضى ولي النفس وان كان رضاه وحده لا يكتفى لايرام العلاقة الزوجية وقد جرت فى هذا على سنن القانون الرومانى الذى كان يشترط رضا رب الأسرة.

ولم تتحول الكنائس الشرقية عن هذا إلى اليوم.

**رضى الولي عند الاقباط الارثوذكس :**

يشترطون رضا الولي الشرعى اذا لم يبلغ الزوج والزوجة ٢١ سنة، ثم

حدثت هذه الكنائس من اطلاق هذه القاعدة فأوجب الاحتكام إلى السلطة الدينية حين اختلافهم في سن الصغير، وكان هذا الاحتكام مقررا منذ العهد القليلي للقانون الكنيسي المصري أوردته ابن العسال والبطريك كيرلس ابن لقلق، وكان المقرر أن الولاية تنتقل للارشد من العائلة اذا غاب ولي النفس وأن الحاكم هو ولي من ولاية له (١).

#### الرضى في بعض القوانين الاوربية :

في القانون الفرنسى كل من لم يبلغ الواحدة والعشرين يعتبر قاصرا لا يستطيع أن يستقل بتزويج نفسه برضاه منفردا، بل يلزم بأن يحصل على موافقة أهله اذا ما أراد الزواج بشرط أن يكون أيضا قد بلغ سن الزواج وهى ثمانية عشرة سنة للذكر وخمسة عشرة سنة للأنثى، وان الحكمة فى موافقة أهله هى تحقيق حمايته لا سيما وأن الزواج ارتباط يستمر طول الحياة وينشأ علاقة بين الأسر، وعلى موثق العقد أن يثبت موافقة الأهل فى وثيقة الزواج. وقد تكفى موافقة أحد الوالدين فان لم يكونا على قيد الحياة ينقل حق الموافقة إلى الأجداد والجدة فان لم يوجد واحد منهما فلمجلس العائلة ينتقل هذا الحق.

وفى القانون الايطالى واليونانى يلزم لصحة زواج القاصر أن يوافق عليه من له السلطة الابوية، كما هى الحال فى القانون الفرنسى ولكن هناك خلافات بين قواعد هذين القانونين وقواعد القانون الفرنسى كما أن تنظيمهما للموافقة يعتبر بصفة عامة أقل تعقيدا من تنظيمهما فى القانون الفرنسى.

#### موازنة في نظام الموافقة :

وبالمقارنة بين هذه الأحكام من القوانين الغربية والشرعية الاسلامية نجد أنه لا يوجد فى الشريعة الاسلامية نظام الموافقة لأن عديم الأهلية أو ناقصها ينوب عنه ولي النفس فى ابرام الزواج، والزواج كعقد لا يقوم إلا برضا كل

---

(١) كتاب أحكام الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين للأستاذ المستشار حلى بطرس ص ١٦٤ فما بعدها.

من طرفيه. واستلزام رضا الطرفين يقتضى أن عديم الارادة كالمجنون والمعتوه أو فاقد القدرة على التعقل بسبب عارض كالسكر أو التنويم لا يصدر من أى شخص منهم تعبير عن ارادة قانونية فزواجهما منعدم الوجود.

#### ( استطراد )

هذا وان تنظيم عقد الزواج فى روسيا قد كان فى قانون ١٩١٨ ثورة وخروجاً على قواعد الزواج الدينية التى كانت معروفة فى العهد القيصرى، ثم كان قانون سنة ١٩٢٦ أكثر ثورية لأنه يبيح اتمام الزواج دون أن يتبع فى اتمامه أى إجراء، من الإجراءات وانما يكتفى للتسليم بوجوده بين الرجل والمرأة أن يبدأ الحياة معا باعتبارهما زوجين، ولا يحتاج إلى رضا ممن له علاقة أو ولاية على أحد من الزوجين، وانما فقط يحتاج إلى مراعاة بعض الشروط منها أن يسجل الاتفاق فى السجل المعد لذلك وقانون ١٩٤٤ هو الذى قضى بأن الزواج المثبت بالسجلات وحده هو الزواج الذى يربط الحقوق والواجبات وينشأ العلاقة الزوجية المدنية.

---

(١) كتاب الاحوال الشخصية للاجانب للاستاذ الشرقاوى ص ٥٩ - ٦٤

(٢) كتاب الاحوال الشخصية للأجانب للاستاذ الشرقاوى ص ٦٨.

(٣) كتاب انحلال الزواج للتشريعات الاوربية للاستاذ الدكتور الشرقاوى ص ٩٦ - ١٠٣

## الفصل الثالث

### ١- تلخيص عام لمسائل الخلاف المتقدم ذكرها

(١) اتفق المالكية والشافعية والحنابلة على ضرورة وجود الولي في النكاح، فكل نكاح يقع بدون الولي أو من ينوب منابه يقع باطلا، فليس للمرأة أن تبشر عقد زواجها بحال من الأحوال سواء كانت كبيرة أو صغيرة عاقلة أو مجنونة، إلا أنها إذا كانت ثيبه لا يصلح زواجها بدون إذنهما ورضاها.

و خالف الحنفية في ذلك فقالوا: ان الولي ضرورى للصغيرة وللكبيرة المجنونة، أما البالغة العاقلة سواء كانت بكرأ أو ثيبا فانها صاحبة الحق في زواج نفسها ممن تشاء، ثم ان كان كفاءاً للمهر مهر مثلها فذاك ، والا فلوليها الاعتراض وفسخ النكاح.

(٢) اتفق القائلون بضرورة الولي، على تقسيمة إلى قسمين: ولي مجبر ، وولى غير مجبر ، واتفق الشافعية والحنابلة على أن الولي المجبر هو الأب والجد، وخالف المالكية فقالوا: الولي المجبر هو الأب فقط. واتفق المالكية والحنابلة على أن وصى الأب بالتزويج مجبر كالأب، بخلاف الشافعية فانهم لم يذكروا وصى الأب، وزاد الحنابلة أن الحاكم يكون مجبرا عند الحاجة.

(٣) اتفق القائلون بالاجبار على أن الولي المجبر له جبر البكر البالغة بأن يزوجه بدون اذنها ورضاها ، ولكن اختلفوا فى الشروط التى يصح تزويج المجبرة بها بدون اذنها على الوجه المبين فيما مضى.

(٤) اتفقوا أيضا على ان الثيب - وهى من زالت بكارتها بالنكاح - لا جبر عليها ولكن للولى حق مباشرة العقد ، فاذا باشرته بدون وقع باطلا، فالولى والمرأة الثيب شريكان فى العقد، فحقها أن ترضى بالزوج صراحة ،



وحقه أن يباشر العقد ، هذا اذا كانت كبيرة بالغة ، أما اذا كانت ثيبا صغيرة فهي ملحقه بالبكر البالغ ، فيزوجها الولي المجبر بدون إذنها ورضاها مالم تبلغ ، وخالف الحنابلة فقالوا : ان الثيب الصغيرة التي تجبر هي ما كانت دون تسع سنين ، فان بلغت تسعا كانت كبيرة لا تجبر .

(٥) اتفق المالكية والشافعية والحنابلة على أن الولي غير المجبر وان كان يتوقف عليه العقد، ولكن ليس له أن يباشره بدون إذن من له عليها الولاية ورضاها صريحا ان كانت ثيبا أو ضمنا إن كانت بالغة ، هذا في الكبيرة . أما الصغيرة فقد اتفقوا على أنها اذا كانت دون تسع سنين فانه لا يجوز للولي غير المجبر زواجها بحال من الأحوال .

ثم اختلفوا بعد ذلك ، فقال المالكية : ان بلغت عشر سنين وخيف عليها الفساد ان لم تتزوج فللولي أن يزوجه باذنها ، وهل لابد من رضاها صراحة أو يكفي صمتها ؟ قولان أرجحهما الثاني ، ولكن يجب على الولي أن يشاور القاضي .

ورجح بعضهم أنه اذا خيف عليها الفساد فلا يشترط أن تبلغ عشر سنين ، بل تزوج جيرا وان لم ترض كما تقدم .

وقال الشافعية : لا يصح للولي أن يزوج الصغيرة التي لم تبلغ إلا اذا كان أبا أو جدا ، فان فقد أو تركها صغيرة فلا يجوز لأحد ان يزوجه بحال من الأحوال سواء كانت ثيبا أو بكرا ما دامت عاقلة ، لأن الولي غير المجبر انما يزوج الصغيرة بالاذن ولا اذن للصغيرة ، أما اذا كانت مجنونة فانه يجوز للحاكم أن يزوجه اذا بلغت وكانت محتاجة .

وقال الحنابلة : اذا بلغت الصغيرة تسع سنين كانت ملحقه بالكبيرة العاقلة . فللولي غير المجبر أن يزوجه باذنها ورضاها . فان كانت دون تسع فللحاكم أن يزوجه عند الحاجة .

(٦) اتفق الشافعية والحنابلة على أن أحق الأولياء غير المجبرين الأب . ثم الجد . وخالف المالكية فقالوا: ان أحقهم بالولاية الابن ولو من زنا ، بمعنى أن المرأة اذا تزوجت بعقد صحيح وصارت ثيبا ، ثم زنت وجاءت بولد يكون مقدما على الأب والجد . أما اذا زنى بها قبل أن تتزوج بعقد صحيح وجاءت من هذا الزنا بولد فانه لا يقدم على الأب في هذه الحالة ، لأن الزنا عندهم لا يرفع البكارة فيكون الأب وليا مجبرا . والكلام فى غير المجبر ، ووافقهم الحنفية ، على أن أحق الأولياء فى النكاح الابن .

وخالف الشافعية والحنابلة فقالوا: ان أحق الأولياء الأب ثم الجد ولكن الحنابلة قالوا: ان الابن يلى الجد فى الولاية . والشافعية قالوا: أنه لا ولاية للابن على أمه مطلقا .

(٧) اتفق الشافعية والحنابلة والحنفية على أنه لا يصلح للولى الأبعد أو للحاكم أن يباشر عقد الزواج مع وجود الولى الأقرب المستكمل للشروط . وخالف المالكية فقالوا: ان الترتيب بين الأولياء مندوب لا واجب ، فاذا كان للمرأة أب وابن فزوجها أبوها صح، وإن كانت مرتبته بعد مرتبة الابن . وكذا اذا كان لها أخ شقيق وأخ غير شقيق فزوجها غير الشقيق مع وجود الشقيق فانه يصح ، فاذا لم ترض المرأة بحضور أحد من أقاربها فزوجها الحاكم فانه يصح لأنه من الأولياء . واذا وكلت واحدا من أفراد المسلمين بحكم الولاية العامة مع وجود ولى صح ان كانت ذنيئة والا فلا ، وهذا كله فى الولى غير المجبر ، أما الولى المجبر فوجوده ضرورى عندهم .

(٨) اتفق الشافعية والمالكية والحنابلة على ان الولاية فى النكاح يشترط لها الذكورة ، فلا تصح ولاية المرأة على أى حال .

وخالف الحنفية فى ذلك فقالوا : ان المرأة تلى أمر نكاح الصغيرة والصغير ومن فى حكمهما من الكبار اذا جنا عند عدم وجود الأولياء من الرجال .

ولكن المالكية قالوا: تنصف المرأة بالولاية اذا كانت وصية أو مالكة

أو معتقة. وهناك قول في أن الكافلة تكون ولية أيضا ولكنها لاتباشر العقد، بل توكل عنها رجلا يباشره.

(٩) اتفقوا على أن الفسق يمنع ولاية النكاح، فمن كان فاسقا انتقلت الولاية عنه إلى غيره.

وخالف الحنفية فقالوا: ان الذى يمنع الولاية هو أن يشتهر الولي بسوء الاختيار فيزوج من غير كفاء وبغين فاحش، وفي هذه الحالة يكون للبنات الصغيرة الحق في رد النكاح بعد أن تكبر ولو كان المزوج أباً. اما اذا كان فاسقا حسن الاختيار. وزوجها من غير غبن وبمهر المثل وكان أباً أو جدا فانه يصح ولا حق لها في الفسخ كما تقدم.

(١٠) اتفقوا على أن العدالة ليست شرطا في الولي. وخالف الحنابلة فقالوا: ان العدالة الظاهرية شرط في الولاية إلا في السلطان والسيد.

(١١) اتفقوا على أن لالوي أن يوكل عنه من ينوب منابه في عقد الزواج. (١٢) قال الماكن اذا غاب الولي الاقرب انتقلت الولاية للابعد(الا في غيبة الا عن اثبة البكر فان هنالك تفصلات ترجع الي طول الغيبة وقربها والجهل بمكانه والعلم به) لثشافعى التى يرى انها تنتقل الي السلطه.

## الباب الثاني

نظرة عامه في الولاية في عقد الزواج

### الفصل الاول

١ - في ولاية التزويج من بعض كتب المذاهب المعتمدة :

لقد رأيت أن أنقل بعض ما جاء في بعض كتب المذاهب المعتمدة في  
الفقه الاسلامي « كما هو » للأسباب الآتية :

(١) لأنمكن القارئ من مراجعة أسلوب الفقهاء السابقين وطريقة عرضهم  
للموضوع حتى يكون بين يديه عملان أحدهما سابق والآخر لاحق  
يقارن بينهما.

(٢) وليستطيع معي القارئ من مراجعة المنشور نمرة ٥٤ لسنة ١٩٦٠  
والمنشور نمرة ٣٥ وملحقاته الصادرين من محكمة عموم السودان  
الشرعية على ضوء معلومات مكتملة قدر الاستطاعة.

«أ» ولاية التزويج من متن مختصر خليل المالكي :

وجبر المالك أمة وعيدا بلا اضرار لا عكسه، ولا مالك بعض، وله الولاية  
والرد والمختار ولا أنثى بشائبة ومكاتب بخلاف مدبر ومعق لأجل ان لم  
يمرض السيد ويقرب الأجل، ثم أب وجبر المجنونة والبكر ولو غانسا إلا  
لكخصى على الأصح، والتيب ان صغرت أو بعارض أو بحرام، وهل ان لم  
تكرر الزنا تأويلان لا بفاسد، وان سفيهه وبكر ا رشدت أو أقامت بيتها سنة  
وأنكرت وجبر وصى أمره أب به أو عين له الزوج والا فخلاف وهو فى  
التيب ولئى، وضح ان مت فقد زوجت ابنتى بمرض، وهل ان قبل يقرب موته  
تأويلان ثم لا جبر، فالبالغ الايتمة خيف فسادها وبلغت عشرأ وشوور القاضى

والاصح ان دخل وطال. وقدم ابن فابنه فأب فأخ فأبنه فجد فعم فأبنه وقدم الشقيق على الاصح والمختار فمولى ثم هل الاسفل وبه فسرت أولا وصحح، فكافل وهل ان كفّل عشرة أو أربعة أو ما يشفق تردد وظاهرها شرط الدناءة، فحاكم فولاية عامة مسلم، وصح بها في دينه مع خاص لم يجبر كشريفة ان دخل وطال وان قرب فلأقرب، أو الحاكم ان غاب الرد، وفي تحتمه ان طال قبله تأويلان، وبأبعد مع أقرب ان لم يجبر ولم يجز كأحد المعتقين، ورضاء البكر صمت كتفويضها وندب اعلامها به ولا يقبل منها دعوى جهله في تأويل الأكثر، وان منعت أو نفرت لم تزوج لا ان ضحكت أو بكت، والنيب تعرب كبكر رشدت أو عضلت أو زوجت بعرض أو برق أو بعب أو يتيمة أو اتيت عليها وصح ان قرب رضاها بالبلد ولم يقربه حال العقد وان أجاز مجبر في ابن وأخ وجد فوض له أموره بيّنة جاز وهل ان قرب تأويلان. وفسخ تزويج حاكم أو غيره ابنته في كعشر وزوج الحاكم في كافر بنية، وظهر من مصر وتؤولت ايضا بالاستيطان كغيبية الأقرب الثلاث، وان أسر أو فقد فالأبعد كذى رق وصغروعه وانوثة لا فسق وسلب الكمال، ووكلت مالكة ووصية ومعققة وان اجنبا كعبد اوصى ومكاتب في أمة طلب فضلا وان كره سيده، ومنع احرام من أحد الثلاثة ككفر لمسلمة وعكسه الالامة ومعققة من غير نساء العزبة، وزوج الكافر لمسلم وان عقد مسلم لكافر ترك، وعقد السفية ذو الرأى باذن وليه، وصح توكيل زوج الجميع لاوى الا كهو وعليه الاجابة لكفاء وكفوها أولى فيأمره الحاكم ثم زوج، ولا يعضل أب بكرا برد متكرر حتى يتحقق وان وكلته ممن أحب عين والا فلها الاجازة ولو بعد لا العكس، ولا بن عم ونحوه تزويجها من نفسه بتزوجتك بكذا وترضى وتولى الطرفين، وان انكرت العقد صدق الوكيل ان ادعاة الزوج، وان تنازع الاولياء المتساوون في العقد أو الزوج نظر الحاكم. وان أذنت لوليّين فقدا فلأول ان لم يتلذذ الثاني بلا علم ولو تأخر تفويضه ان لم تكن في عدة وفاة، ولو تقدم العقد على الاظهر وفسخ بلاطلاق ان عقدا

بزمن أو لبينة يعلمه انه ثان لا ان اقر أو جهل الزمن، وان ماتت وجهل الاحق  
 ففي الارث قولان وعلى الارث فالصداق والا فزائدة، وان مات الرجلان  
 فلا ارث ولا صداق وأعدلية متناقضتين ملغاة ولو صدقتها المرأة وفسخ موسى،  
 وان يكتم شهود من امرأة أو منزل أو أيام ان لم يدخل ويطل وعوقبا والشهود  
 وقبل الدخول وجوبا على ان لا تأتبه الانهارا أو بخيار لاحدهما أو غير الا أو  
 على ان لم يأت بالصداق لكذا فلا نكاح وجاء به، وما فسد لصداقه أو على  
 شرط يناقض كأن لا يقسم لها أو يؤثر عليها، والغى ومطلقا كالنكاح لاجل  
 أو ان مضى شهر فأنا أتزوجك وهو طلاق ان اختلف فيه كمحترم وشعار،  
 والتحريم بعقده ووطئه وفيه الارث الا نكاح المريض وانكاح العبد والمرأة  
 لا اتفق على فساد فلا طلاق ولا أرث كخماسة وحرم وطؤه فقط، وما فسخ  
 بعده فالسمى والا فصداق المثل وسقط بالفسخ قبله إلا نكاح الدرهمين  
 فنصفهما كطلاقه وكعاص المتلذذ بها، ولولى صغير فسخ عقده فلا مهر ولا  
 عدة وان زوج بشروط أو أجزيت وبلغ وكره فله التطليق وفي نصف  
 الصداق قولان عمل بهما والقول لها ان العقد وهو كبير، وللسيد رد نكاح  
 عبده بطلقة فقط بانه ان لم يبعه إلا ان يرد به او يعتقه ولها ربع دينار ان دخل  
 واتبع عبد ومكاتب بما بقى (ان غرا وان لم يغرا) ان لم يطله سيد أو سلطان  
 وله الاجازة ان قرب ولم يرد الفسخ أو يشك في قصده، ولولى سفيه فسخ  
 عقده ولو ماتت وتعين بموته ولمكاتب ومأذون تسر وان بلا اذن ونفقة العبد  
 في غير خراج وكسب إلا لعرف كالمهر، ولا يضمه سيد باذن التزويج،  
 وجبر أب ووصى وحاكم معنونا احتاج وصغيراً وفي السفيه خلاف،  
 وصداقهم ان أعدموا على الاب وان مات أو أيسروا بعد ولو شرط ضده  
 والا فعليهم الا لشرط وان تطارحه رشيد وأب فسخ ولا مهر وهل ان حلفا  
 والالزم التاكل تردد، وحلف رشيد وأجنبي وامرأة انكروا الرضا والامر  
 حضورا ان لم ينكروا بمجرد علمهم وان طال كثير الزم ورجع لآب وذى  
 قدر زوج غيره وضامن لابنته النصف بالطلاق والجميع بالفساد ولا يرجع

أحد منهم إلا أن يصرح بالحالة أو يكون بعد العقد (١).

«ب» ولاية التزويج من متن بداية المبتدئ للمرغيناني الحنفى :

وينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها فى ظاهر الرواية، وعن أبى يوسف أنه لا ينعقد إلا بولى وعند محمد ينعقد موقوفاً، ولا يجوز للولى اجبار البكر البالغة على النكاح وإذا استأذنها فسكتت أو ضحكت فهو اذن، وإن فعل هذا غير ولى أو ولى غيره أولى منه لم يكن رضا حتى تتكلم به، ولا تشترط تسمية المهر ولو استأذن الثيب فلا بد من رضاها بالقول، وإذا زالت بكارتها بوثبة أو حيضة أو جراحة أو تعيس فهي فى حكم الابكار، ولو زالت بزنا فهي كذلك عند أبى حنيفة، وإذا قال الزوج بلغك النكاح فسكتت وقالت رددت فالقول قولها، ويجوز نكاح الصغير والصغيرة إذا زوجها المولى بكراً كانت الصغيرة أو ثيباً، والمولى هو العصبة فإن زوجها الأب والجد فلا خيار لهما بعد بلوغهما وإن زوجها غير الأب والجد فلكل واحد منهما الخيار إذا بلغ أن شاء أقام على النكاح وإن شاء فسخ، ويشترط فيه القضاء ثم عندهما إذا بلغت الصغيرة وقد علمت بالنكاح فسكتت فهو رضا وإن لم تعلم بالنكاح فلها الخيار حتى تعلم فتسكت ثم خيار البكر يبطل بالسكوت ولا يبطل خيار الغلام ما لم يقل رضيت أو يجيء منه ما يعلم أنه رضا وكذلك الجارية إذا دخل بها الزوج قبل البلوغ، فإن مات أحدهما قبل البلوغ ورثه الآخر، ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون ولا لكافر على مسلم، ولغير العصابات من الأقارب ولاية التزويج عند أبى حنيفة ومن لا ولى لها إذا زوجها مولاهم الذى أعتقها جاز. وإذا غاب المولى الأقرب غيبة منقطعة جاز لمن هو أبعد منه أن يزوج، والغيبة المنقطعة أن يكون فى بلد لا تصل إليها القوافل فى السنة إلا مرة واحدة. وإذا اجتمع فى المجنونة أبوها وابنها فالولى

(١) يراجع الخرشي ج ٣ من صفحة ١٧٤ - ٢٠٤

الشرح الكبير للدردير على مختصر خليل ج ٢ ص ٢٢١ فما بعدها.

في نكاحها ابنها في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد أبوها (١)

«ج» ولاية التزويج من كتاب المناهج للشافعية :

لاتزوج المرأة نفسها باذن ولا غيرها بوكالة ولا تقبل نكاحا لاحد.  
والوطء في النكاح بلا ولي يوجب مهر المثل لا الحد، ويقبل اقرار المدعى  
بالنكاح ان استقل بالانشاء والا فلا، ويقبل اقرار الحرة البالغة العاقلة بالنكاح  
على الجديده، وللاب تزويج البكر صغيرة أو كبيرة بغير اذنها بمهر مثلها  
ويستحب استئذانها.

وليس له تزويج ثيب إلا باذنها فان كانت صغيرة لم تزوج حتى تبلغ  
(لوجوب اذنها).

والجدد كالأب عند عدمه وسواء زالت البكارة بوطء حلال أو حرام،  
ولا أثر لزوالها بلاوطء كسقطه في الأصح، ومن على حاشية النسب كأخ  
أو عم لا يزوج صغيرة بحال ويزوج الثيب البالغة بصريح الاذن ويكفي في  
البكر سكوتها في الأصح.

والمعتق والسلطان كالأخ.

واحق الاولياء أب ثم أبوه ثم أخ لابوين أو لأب ثم ابنه وان سفل  
ثم عم ثم سائر العصبة كالأرث ويقوم أخ الابوين على أخ لاب في الاظهر.

ولا يزوج ابن بينوة فان كان ابن ابن عم أو معتقا أو قاضيا زوج به،  
وان لم يوجد زوج المعتق ثم عصيته كالأرث ويزوج عتيقه المرأة من يزوج  
المعتقة ما دامت حية ولا يعتبر اذن المعتقة في الأصح. فاذا ماتت زوج من  
له الولاية فان فقد المعتق وعصيته زوج السلطان.

وكذا يزوج السلطان اذا اعتق الغريب أو المعتق وانما يخير الاصل اذا

---

(١) يراجع كتاب فتح القدير ج ٢ من ص ٣٩١ - ٤١٦



دعت بالغة عاقلة إلى كفاء وامتنع ولو عينت كفأ وأراد الأب غيره فله ذلك في الأصح.

ولا ولاية لرفيق وصبي ومجنونة ومختل النظر بهرم أو خبل وكذا محجور عليه لسفه على المذهب ، ومتى كان الأقرب ببعض هذه الصفات فالولاية للابعد ولا يقدح العمى في الأصح ولا ولاية لفاسق على المذهب وبلى الكافرة واحرام أحد العاقلين يمنع صحة النكاح ولا ينقل الاحرام الولاية في الأصح فيزوج السلطان عند احرام الولي الابعد قلت ولو احرم المولى أو الزوج فعقد وكيله الحلال لم يصح والله أعلم . ولو غاب الأقرب إلى مرحلتين زوج السلطان دونهما لا يزوج إلا بأذنه في الأصح. وللمجبر التوكيل في التزويج بغير اذنها ولا يشترط تعيين الزوج في الاظهر ويحاط الوكيل فلا يزوج غير كفء وغير المجبر ان قالت له وكل ووكل وان نهته فلا وان قالت زوجنى فله التوكيل في الأصح.

ولو وكل قبل استئذانها في النكاح لم يصح على الصحيح ويعتبر قول وكيل الولي للزوج زوجتك بنت فلان وليقل الولي لوكيل الزوج زوجنى بنت فلانا فيقول وكيله قبلت نكاحها له.

ويلزم المجبر تزويج مجنونة بالغة ومجنونة أظهرت حاجة لا صغيرة وصغير ، ويلزم المجبر وغيره ان تعين اجابة ملتزمة التزويج فان لم يتعين كأخوة.

واذا اجتمع أولياء في درجة استحب أن يزوجه أفقهم وأسهم برضاهم فان تساوا اقرع ولو زوج غير من صح في الأصح فلو زوجها أحدهم زيدا والآخر عمرا فان عرف السابقة فهو الصحيح وان وقعا معا أو جهل سبق والمعيشة فييطان وكذا لو علم سبق أحدهما ولم يتعين على المذهب ولو سبق معين ثم اشتبه وجب التوقف حتى يتبين وان ادعى كل زوج علمها بسبقه سمعت دعواها بالنكاح فان انكرت طلقت وان أقرت

لاحدهما ثبت نكحته وسماع دعوى الآخر وتحليلنا له يبنى على القولين  
فيمن قال هذا لزيد بل لعمر وهل يغرم لعمر و ان قلنا نعم فنعم.

ولو تولى تزويج بنت ابنه بآب ابنه الآخر صح في الأصح ولا يزوج  
ابن العم نفسه بل يزوجه ابن عم في درجة فان فقد فالقاضي، فلو أراد القاضي  
نكاح من لا ولى لها زوجها من فوقه من الولاة أو خليفته، وكما لا يجوز  
لواحد تولى الطرفين لا يجوز أن يوكل وكلا في احدهما أو وكيلين فيهما  
في الأصح.

«د» ولاية التزويج من كتاب المغنى لابن قدامة الحنبلي :

قال صاحب المغنى لا نكاح إلا بولى وشاهدين من المسلمين وشرح  
ذلك بأن النكاح لا يصح إلا بولى، ولا تملك المرأة تزويج نفسها ولا غيرها  
ولا توكيل غير وليها في تزويجها فان فعلت لم يصح النكاح - خلافا لأبى  
حنيفة في قوله ان المرأة لها أن تزوج نفسها وغيرها وتوكل في النكاح  
لان الله تعالى قال (ولا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن) باضافة النكاح اليهن  
ونهى عن منعهن ولانه خالص حقها.

واستدل الحنابلة على قولهم بقول النبى صلى الله عليه وسلم (لا نكاح  
إلا بولى) وقوله صلى الله عليه وسلم (ايما امرأة نكحت نفسها بغير اذن  
وليها فنكاحها باطل باطل فان أصابها فلها المهر بما استحلت من فرجها فان  
اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له).

قال الحنابلة احق الناس بنكاح المرأة الحرة أبوها ولا ولاية لاحد معه  
وبهذا قال الشافعى وهو المشهور عند أبى حنيفة وقال مالك وأبو يوسف  
واسحق الابن أولى وهو رواية عن أبى حنيفة لانه أولى منه بالميراث وأقوى

(١) يراجع كتاب المنهاج ج ٥ من ص ١٧٢ فما بعدها.

(٢) يراجع كتاب المذهب لأبى اسحق الشيرازى ج ٢ من ص ٣٥ فما بعدها.

تعصيا واستدل الخنابلة بان الولد موهوب لايه قال تعالى ( ووهبنا له يحيى )  
وقال صلى الله عليه وسلم (أنت ومالك لايك).  
ثم أبو الاب وان علا يعنى الجد وان علت درجته فهو أحق بالولاية من  
الابن وسائر الاولياء.

ثم ابنها وابنه وان سفل ثم أخوها لايها وأمها والاخ للاب مثله ثم  
أولادهم وان سفلوا ثم العمومة ثم أولادهم وان سفلوا ثم عمومة الاب ثم  
المولى المنعم ثم أقرب عصبيته، ثم السلطان وهو الامام أو الحاكم أو من  
فوضا اليه ذلك فان لم يوجد للمرأة ولى ولا ذو سلطان فعن أحمد ما يدل على  
أنه يزوجه رجل عدل باذنها ووكيل كل واحد من هؤلاء يقوم مقامه وان  
كان حاضرا ولا يعتبر فى صحة الوكالة اذن المرأة فى التوكيل سواء أكان  
الموكل أباً أو غيره.

وعند الخنابلة ان المرأة متى تزوجت بغير اذن وليها لا يملك الحاكم  
اجازته والامر فيه لوليها متى رده بطل لان صحة النكاح يقف على اجازته.  
وعندهم وجه آخر انه اذا كان الزوج كفواً أمر الحاكم المولى باجازه فان لم  
يفعل اجازه الحاكم لانه بامتناعه صار عاضلا فانتقلت الولاية منه إلى الحاكم  
هذا واذا كان وليها غائبا فى موضع لا يصل اليه الكتاب أو يصل فلا  
يجب عنه زوجها من هو أبعد منه من عصبتها فان لم يكن فالسلطان.

وان كان القريب محبوسا أو أسيرا فى مسافة قريبة لا تمكنه مراجعته  
فهو كالبعيد، فان البعد لم يعتبر لعينه بل لتعذر الوصول الى التزويج بنظره وهذا  
موجود هنا، ولذلك ان كان غائبا لا يعلم قريب أم بعيد أو يعلم انه قريب  
ولا يعلم مكانه فهو كالبعيد.

قال الخنابلة اذا زوج الرجل ابنته البكر فوضعها فى كفاية فالنكاح  
ثابت وان كرهت كبيرة كانت أو صغيرة.

قالوا اما البكر الصغيرة فلا خلاف فيها.

وأما البكر الكبيرة فعن أحد روايتان:

أحدهما: له اجبارها على النكاح وتزويجها بغير اذنها كالصغيرة وهذا مذهب مالك وابن أبي ليلى والشافعي ووجهها قوله صلى الله عليه وسلم (الايم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن واذنها صماتها).

الثانية: ليس له ذلك (واختارها أبو بكر) وهو مذهب الاوزاعي وأبو ثور والثوري واصحاب الرأي ووجهها أن جارية بكرا أتت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت ان اباها زوجها وهي كارهة فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم ولانها جائزة التصرف في مالها فلم يجز اجبارها كالثيب.

وعندهم ليس لغير الاب اجبارها وبه قال مالك وأبو عبيدة والثوري وابن أبي ليلى وبه قال الشافعي الا في الجد فانه جعله كالأب.

قالوا ولو استأذن البكر البالغ أبوها كان حسنا أما الثيب اذا زوجها أبوها بغير اذنها فالنكاح باطل وان رضيت بعد. لقوله صلى الله عليه وسلم (لا تنكح الايم حتى تستأمر) وقال (الايم أحق بنفسها من وليها) وقال (ليس للولي مع الثيب أمر).

هذا ان كانت الثيب كبيرة واما ان كانت صغيرة ففيها وجهان :  
أحدهما: لا يجوز تزويجها وهو مذهب الشافعي.

ثانيهما: لايبها تزويجها ولا يستأمرها وهو قول مالك وابي حنيفة لانها صغيرة ويتخرج وجه ثالث وهو ان ابنة تسع سنين يزوجه وليها باذنها ومن دون ذلك على ما ذكرنا من الخلاف في البكر<sup>(١)</sup>.

---

(١) كتاب المغني لابن قدامة الحنبلي ج ٦ ص ٤٤٨ فما بعدها.

## الفصل الثانى

### ٢ - بحث مقارن في مسائل خلافية

«أ» هل تعقد المرأة لنفسها أو لغيرها ؟

قد عرفت مما ذكرناه أن الشافعية والمالكية اصطلاحوا على عد الولى ركنا من أركان النكاح لا يتحقق عقد النكاح بدونه ، واصطلح الحنابلة والحنفية على عده شرطا لاركتا ، وقصروا الركن على الايجاب والقبول ، إلا أن الحنفية قالوا : انه شرط لصحة زواج الصغير والصغيرة . والمجنون والمجنونة ولو كبارا ، أما البالغة العاقلة سواء كانت بكرا أو ثيبا فليس لأحد عليها ولاية فى النكاح ، بل لها أن تبأشر عقد زواجها ممن تحب بشرط أن يكون كفءا والاكان للولى حق الاعتراض وفسخ العقد .

وقد استدلل الجمهور بأحاديث وبآيات قرآنية . فأما الأحاديث فمنها ما رواه الزهرى عن عائشة . وهو أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : «أيا امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل » ومنها ما رواه ابن ماجه . والدارقطنى عن أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لاتزوج المرأة المرأة ، ولا تزوج المرأة نفسها» .

وهذان الحديثان أقوى ما استدلل به الجمهور على ضرورة الولى . فليس للمرأة حق مباشرة العقد دونهما ، وقد أجاب الحنفية عن الحديث الأول بأنه مطعون فيه ، وذلك لأن الزهرى نفسه قد سئل عنه فلم يعرفه ، وقد أجيب عن هذا بأن عدم معرفة الزهرى لا تضر مادام رواه - وهو سليمان بن موسى - ثقة ؛ ولا يخفى ضعف هذا الجواب ، لأنه مادام مصدر الحديث المروى عنه لم يعرفه وأنكره ، فان ذلك يضعف الثقة به جزما ، على أن الحنفية قالوا : « ان كل الأحاديث التى يفقد ظاهرها اشتراط الولى فى التزويج فهى خاصة بالصغيرة التى لا يصح لها أن تتصرف ، و ذلك مؤيد

بقواعد الدين العامة ، فان النكاح عقد من عقود البيع والشراء ، ومعلوم أن للمرأة الحرية المطلقة في بيعها وشرائها متى كانت رشيدة ، فكيف يحجر عليها في عقد زواجها وهو أهم العقود التي تتطلب حرية لما يترتب عليه من مهام الأمور ، فينبغي أن يقاس عقد النكاح على عقد البيع ، وان ورد ما يخالف هذا القياس وجب تخصيصه به ، وهذه قاعدة أصولية . فقوله « لا تزوج المرأة المرأة » ، معناه لا تزوج المرأة الكبيرة البنت الصغيرة عند وجود الولي العصبية المقدم عليها أو لا تزوج المرأة الصغيرة المرأة الصغيرة ، وقوله « ولا تزوج المرأة نفسها » معناه ولا تزوج الصغيرة نفسها بدون ولي ، فالمراد من المرأة الانثى الصغيرة ، وهي وان كانت عامسة تشتمل الصغيرة والكبيرة إلا أنها خصت بالصغيرة كما هو معلوم من أن الكبيرة لها حق التصرف في العقود للبيع ، فيقاس النكاح على البيع ، وذلك جائز في الاصول أما الجمهور فقالوا بالفرق بين النكاح وبين البيع ، وذلك لأن المرأة لا عهد لها بمخالطة الرجال فرما خدعها غير الكفء فتزوج بمن تتعرب به عشيرتها ويكون شرا ووبالا على سعادتها الدنيوية ، فلذا صح الحجر عليها في عقد النكاح دون غيره من العقود ، لأن عقد البيع مثلا لا يترتب عليه مثلا هذا الشر مهما قيل فيه ، وقد أجاب الحنفية عن هذا بجوابين :

الأول : أنهم قد اشترطوا الكفاءة في الزوجية كما ستعرفه ، فلو تزوجت المرأة غير كفء فلأولياء أن يعترضوا هذا الزواج ولا يقروه فيفسخ ، فلا تصيبهم معرفة الصهر الذي لا يناسبهم ، فزمام المسألة بأيديهم .

الثاني : أن المفروض كون المرأة عاقلة حسنة التصرف غير محجور عليها ، ولذا كان من حقها أن تصرف في بيعها وشرائها بدون حجر ما ، فاذا قيل انها قد تغبن في اختيار الزوج الكفء فكذلك يقال انها قد تغبن في بيع سلعة هامة غبنا ضارا بها أكثر من الضرر بعقد زواج على غير الكفء ، لأنه ان ثبت عدم كفاءته فرق القاضى بينهما وانتهى الأمر ، أما اذا باعت

شيئا ذا قيمة مالية وغبت فيه غبنا فاحشا، وهلك فى يد مفلس فانه يضع عليها، ولا يسعها أن تتلافى ما ترتب على هذا البيع من الضرر. فتخصيص الحنفية ما ورد فى هذه الأحاديث بالصغيرة قياسا لتصرف الكبيرة فى النكاح على تصرفها فى البيع صحيح لا اعراض عليه بمثل هذا الذى أورده الجمهور.

أما القرآن الكريم ، فمنه قوله تعالى «فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف» ، ووجه الدلالة فى الآية أن الله تعالى يخاطب أولياء النساء فينهاهم عن منعهن من الزواج بمن يرضونه لأنفسهن زواجا، فلو لم يكن هؤلاء الأولياء حق المنع لما كان لخطابهم بمثل هذا وجه لأنه كان يكفى أن يقول للنساء «إذا منعن من الزواج فزوجوا أنفسكن».

وقد نقل عن الشافعى رضى الله عنه أنه قال «ان هذه الآية أصرح آية فى الدلالة على ضرورة الولي . ولكن الحنفية قد أجابوا عن هذا بجوابين ، الجواب الأول منع كون الآية خطابا للأولياء، بل هى تحتل أن تكون خطابا للأزواج الذين يطلقون أزواجهم، وتحتل أن تكون خطابا للمؤمنين عامة.

أما الأول فهو الظاهر المتبادر من لفظ الآية الكريمة، فهو سبحانه يقول لمن يطلقون نساءهم اذا طلقتم النساء فلا تستعملوا معهن الوسائل الظالمة التى يترتب عليها منعهن من الزواج بغيركم كان تهدوها هى أو من يريد تزوجها بقوتكم أو جاهكم وسلطانكم أو نفوذكم ان كان لكم ذلك، أو تحاولوا تنقيصها والخط من كرامتها ففتنوا منها خطيبها الذى سيكون زواجا لها أو تؤثروا عليه أو عليها من أى ناحية من النواحي، كان تمنعوها من حقوقها المالية ان كان لها عندكم حق أو نحو ذلك.

أما الثانى فمعناه اذا طلقتم النساء أيها المؤمنون وأصبحن خاليات من الأزواج والعدة فلا يصح أن يقع بينكم عضلهن ومنعهن من الأزواج سواء

كان ذلك المنع من قريب أو من ذى جاه ونفوذ عليها، فيفترض عليكم فرض كفاية أن تمنعوا وقوعه فيما بينكم بنهى فاعله والضرب على يده والا كنتم مشتركين معه فى الاثم لأن عضل النساء من الزواج منكر حرمه الله تعالى، والنهى عن المنكر فرض على المؤمنين، وازالته لازمة على كل قادر حاكما كان أو غيره.

ولا تعارض بين هذا الذى ذكرناه وبين ما رواه البخارى من أن الآية نزلت فى معقل بن يسار حيث كان قد زوج أخته لرجل فطلقها زوجها ثم أراد الرجوع اليها ثانيا فأبى أخوها معقل أن تعود اليه مع كونها رغبة فيه ، فلما نزلت زوجها اياه لأنه يحتمل أن تكون حادثة معقل صادفت نزول الآية ، ولكن الآية فى ذاتها عامة على الوجه الذى بيناه.

ونظير ذلك ما قاله المفسرون فى قوله تعالى « ياأيها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنبأ فبينوا » سورة الحجرات ، اذ قال الفخر الرازى - وهو شافعى- ان الآية عامة ولكنها صادفت حادثة الوليد المشهورة ، ومع ذلك فاذا سلم أن الآية نزلت فى حادثة أخت معقل بخصوصها فان الخطاب فيها يجب أن يكون عاما لكل من يعضل النساء سواء كان وليا أو غيره ، فليست مقصورة على الأولياء بلا نزاع .

الجواب الثانى تسليم أن الآية خطاب لمعقل وغيره من أقارب المرأة بخصوصهم . ولكن ليس فى الآية ما يدل على أن لهم حق الولاية على النساء مطلقا، وانما تدل على أن من منع منهم النساء من الزواج فهو آثم لاحق له فى هذا، وهذا المنع لا يلزم أن يكون مرتبا على الولاية بل هو ظاهرة فى أنه مترتب على ضعف النساء وعدم قدرتهن على استعمال حقهن . وبين ذلك أن المرأة تستكين عادة لمن يكفلها أو لعاصبها القريب من أب أو أخ فتضى ارادتها فى ارادته خصوصا فى هذا الباب الذى يغلب فيه الحياء على معظم النسوة المربيات، فلا ترى المرأة لها حقا مع كافلها أو عاصبها فتتنازل لهما



عن استعمال حقها وهي مكرهه ، فالآية الكريمة تفيد أنه لا يصح للرجال أن يسلبوا النساء حقوقهن الطبيعية في الزواج بالكفاءة الذي يرغبن فيه ، وهذا يتضمن أن للمرأة الحرية في اختيار الكفاءة الذي تريده زوجها لأن النهي عن منعها من الزواج يتضمن إباحة الحرية لها في ذلك الاختيار بلا نزاع ، على أن قوله تعالى « فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن » فيه دلالة على صحة عقد الزواج إذا باشرته المرأة ، فإنه قال أن « ينكحن » أى يتزوجهن بعبارةهن ، ولو كانت عبارة النساء لا تنفع في عقد الزواج لقال « فلا تعضلوهن أن تنكحوهن أزواجهن ».

والحاصل أن الآية إذا كانت خطابا للأقرباء بخصوصهم يكون معناها لا تنتهزوا أيها الأقرباء فرصة كفالتكم للنساء وضعفهن فتسلبوا منهن حقهن الطبيعي في اختيار الزوج الكفاءة ومباشرتهن الزواج ، فتتحكموا فيهن وتمنعوهن من استعمال ذلك الحق ، وليس في هذا المعنى أية دلالة على أن لهم حق الولاية عليها.

وقد يقال إذا كان اختيار الزوج والعقد عليه حقا للمرأة فلماذا لم يقل لمن تعالى زوجوا أنفسكن واستعملوا حقكن ، فخطابه للأقرباء بقوله « فلا تعضلوهن » دليل على أنهم أصحاب الحق في ذلك لا النساء ، والجواب أن خطاب الأولياء بهذا يدل على معنى دقيق جليل ، وهو ضرورة احترام الرابطة بين النساء وبين أهليهن الكافلين لهن ، فإذا تنازلت الواحدة منهن عن حقها في هذا الموضوع احتراما لرغبة أبيها أو أخيها أو نحوها خوفا من حدوث تصدع في رابطة القرابة ، فإنه يكون حسنا يقره الله تعالى ، وفي هذه الحالة لا يصلح أن يقال للنساء (استعملوا حقكن واخرجوا عن طاعة أولياكن) فتقطع بذلك روابط المودة ، وإنما كمال البلاغة وجمال الأسلوب أن يقال للأولياء (لاستغلوا هذه الحالة فتتادوا في سلب حقوقهن للنهاية) والنتيجة المترتبة على الخطابين واحدة ، فإن الغرض أن لاتمنع المرأة من التزويج بمن

ترغب فيه متى كان كفاءا صالحا.

ومما لا ريب فيه أن لهنّين الرأين علاقة شديدة بالحالة الاجتماعية في كل زمان ومكان ، فالذين يحجرون على المرأة في عقد الزواج يرون أن النساء مهما قيل في تهذيبن، فإن فيهن جهة ضعف طبيعية بارزة وهي خضوعهن للرجال وتأثرهن بهم، فقد تنسى المرأة عظمتها ومجدها وفضلها وتندفع في ميلها وراء من لا يساوى شراك نعلها، وربما تجرها عاطفتها إلى التسليم لخادمها ومن دونه، وبدبى أن هذه الحالة ضررها لا يقتصر على المرأة فحسب، بل يتعداها إلى الأسرة بتمامها لأنهم يتعبرون بادخال عنصر أجنبي فيهم . وربما جر ذلك إلى مأساة محزنة، فمن الواجب أن يوكل أمر اختيار الزوج للأولياء الذين يستطيعون أن يختاروا ما فيه خير المرأة وخير الأسرة مع صيانتها واحترامها، ومع هذا فانه لا بد من رضا المرأة في بعض الأحوال قبل أن يبرم الولي عقدها ، وغير ذلك يكون اندفاعا مع عاطفة ضعيفة يمكن التأثير عليها بوسائل مختلفة . فيترتب على ذلك شقاء المرأة وتعاسة حظها وهدم الأسرة وانحطاط كرامتها.

أما الحنفية الذين لا يرون الحجر على المرأة العاقلة البالغة فأنهم يقولون : ان قواعد الدين الاسلامى تقتضى أمرين (الأول) اطلاق الحرية لكل عاقل رشيد من ذكر أو انثى في تصرفه، (الثاني) رفع ما عساه أن يحدث من أضرار بسبب هذه التصرفات، وكلا الأمرين لازم لا بد منه للحياة الاجتماعية . فالحجر على الرشيدة فى أمر زواجها يناهى قواعد الاسلام العامة، فلو جعل أمر زواجها منوط بالولى كان حجرا بدون موجب، خصوصا فى حالة تزويجها بدون أخذ رأيها مطلقا وهى بكر رشيدة، فان ذلك لا يلتقى مع قواعد الدين فى شىء وربما كان ضارا فى كثير من الأحيان اذ قد يكون الولي غير أب أو أخ شقيق ، ولم تكن علاقته بالمرأة ودية فيتعهد معاكستها والوقوف فى سبيلها بحرمانها من الكفء المناسب، وليس من السهل على

المرأة إثبات العضل والشكوى للحاكم . بل ربما جر انخيازها للخاطب وشكواها للحاكم إلى عداء الأسرة ، ويترتب عليه مأساة لاحد لها . وهذا كثير واقع لا يمكن الاغضاء عنه في التشريع الاسلامى المشهور بدقته وجلاله ، فيجب أن يناط أمر زواجها بها بشرط أن تصرف تصرف العقلاء . فلا تندفع فى سبيل ميل فاسد فتقع على غير الكفء ، فانها ان فعلت ذلك كانت جديرة بالحجر عليها . وكان لوليها حق الاعتراض وفسخ العقد ثم ان لها الحق في أن توكل أمر تزويجها لمن تشاء ، فاذا كان لها أب أو أخ أو نحوهما من الأقربين الذين يشفقون عليها ويؤثرون راحتها ويتمنون لها السعادة كان من اللائق المقبول أن تفوض لهم وترك لهم حقها ليتصرفوا فى أمر زواجها كما يحبون ، فلا تخرج عن ارادتهم ولا تحاول احراجهم بما لا ينفعها ، بل يضرها بفقد عطفهم عليها .

وعندى أن كلا الرأيين لازم للحياة الاجتماعية وان اختلاف وجهة نظر الأئمة رضوان الله عليهم فى فهم الشريعة الاسلامية وتطبيقها يدل على أنها شريعة خالدة حقا وأنها صالحة لكل زمان ومكان ، فلا تقف فى سبيلها مظلمة لفرد أو جماعة ، ولا يتأذى بها أحد ، فاذا ترتب على أحد الرأيين مشقة فى وقت من الأوقات أو زمن من الأزمنة وجب المصير إلى رأى الآخر . فكللا الرأيين حسن والعمل به مقبول معقول ، والله يهدى من يشاء إلى صراط مستقيم .

هذا ويصح لكل من يملك تولى عقد الزواج أن يوكل غيره فيه على تفصيل فى المذاهب الآتية :

(١) الحنفية : قالوا ، للمرأة البالغة بكرا كانت أو ثيبا أن توكل غيرها فى مباشرة العقد . وكذلك للرجل البالغ الرشيد أن يوكل غيره ، وعلى الوكيل أن يضيف الزواج إلى موكله أو موكلته بأن يقول : زوجت فلانة موكلتى ، ويقول الوكيل : قبلت الزواج لموكلتى ، فاذا قال : قبلت

الزواج لنفسى فانه يتعقد له لا لموكله، ويشترط فى الوكيل أن يكون أهلا للتصرف سواء أكان ذكرا أو أنثى، فلا تصح وكالة الصبي الذى لا يعقل، والمجنون الذى لا يفقه على التفصيل المذكور فى مباحث الوكالة، على أن للمرأة العاقلة البالغة أن تبشر عقد زواجها بنفسها ثيبا كانت أو بكرا، فلا يتوقف عقد زواجها على ولى ولا على وكيل، وللصبي الذى يعقل أن يبشر عقد زواجه على امرأة له فى زواجها مصلحة، وله أن يوكل عنه فى ذلك مادام يعقل المصلحة، وانما الذى يناط أمره بالولى لا محالة فهو الصغير الذى لايميز، والمجنون جنونا مطبقا صغيرا كان او كبيرا كما تقدم.

ولا ينفذ اقرار الوكيل بالنكاح، فلو قال الوكيل: أقر بأبنى زوجت موكلتى لفلان وانكرت ولايته فانه لا يصح إلا اذا شهد الشهود على النكاح أمام القاضى، ومثل ذلك اقرار ولى الصغيرة والصغير، فانه لا ينفذ إلا أن ينصب القاضى خصما عن الصغيرة فينكر وتشهد البينة على النكاح.

(٢) المالكية قالوا: يجوز للولى أن يوكل عنه مثله فى الشروط المتقدمة من (١) ذكورة، فلا يصح له أن يوكل أنثى. (٢) وبلوغ، فلا يصح أن يوكل صبيا غير بالغ. (٣) وحرية، فلا يصح توكيل عبد. (٤) واسلام، فلا يصح توكيل كافر فى زواج مسلمة، أما الكافر فيتولى عقد الكافرة، وان عقد مسلم لكافرة ترك عقده. (٥) وعدم احرام، فلا يصح أن يوكل عنه محرما بالنسك، أما الزوج فانه يصح أن يوكل عنه الجميع إلا المحرم والمعتوه، فيصح أن يقبل العقد عنه العبد، والمرأة. والكافر. والصبي بطريق التوكيل.

واذا قالت المرأة لوليها غير المجير وكلتك على أن تزوجنى من تحب وجب عليه أن يعين لها من أحبه قبل العقد، فان لم يعين لها كان لها الحق فى الاجازة والرد سواء أطلعت على العقد بعد حصوله بزمان قريب أو بعيد، أما اذا وكل الرجل شخصا على أن يزوجه ولم يعين له المرأة التى يريد بها فزوجه من امرأة لزمته، بشرط أن تكون ممن تليق بمثله.

واقرار وكيل المرأة بزواجها اذا أنكرت وادعاه الزوج صحيح بلا  
يمين ، أما اذا لم يدع الزوج ذلك فلا ينفع اقرار الوكيل ولها أن تتزوج  
من تشاء. وان أذنت غير المجبرة لولين فعقدا لها متعاقبين وعلم الأول  
والثاني كانت للأول بشروط ثلاثة:

الشرط الأول: أن لا يتلذذ بها الزوج الثاني ، فان تلذذ بها بأن عمل  
معها مقدمات الجماع من قبلة وعناق وتفخيذ ونحو ذلك وهو غير عالم  
بالعقد الأول كانت للثاني.

الشرط الثاني: أن لا يكون الأول قد تلذذ بها قبله، فان تلذذ الثاني في  
هذه الحالة لا يفيد ، فان لم يتلذذ بها الثاني أصلا أو تلذذ بها بعد تلذذ الأول  
فسخ نكاح الثاني بطلاق على الظاهر لأنه نكاح مختلف فيه ، ولهذا لو  
وطئها الثاني عالما لا يحد ، وترد للأول بعد العدة ، وقيل يفسخ بدون  
طلاق وترد للأول بعد الاستبراء.

فهذان شرطان ، والثالث: أن لا تكون في عدة وفاة من الأول، فان  
عقد لها على اثنين متعاقبين ثم مات أولهما كانت في عدته ، فيفسخ نكاح  
الأول وتنتظر حتى تكمل عدتها منه ، ولها الحق في ميراثه. أما اذا عقدا  
في زمن واحد فان العقدين يفسخان بلا طلاق.

(٣) الشافعية — قالوا: للولي أن يوكل عنه غيره سواء كان وليا مجبرا  
أو غير مجبر ، فأما الولي المجبر فان له أن يوكل عنه غيره بتزويج من له  
عليها الولاية بدون اذنها ورضاها سواء عين له الزوج الذي يريده في توكله  
أو لم يعين ، ولو اختلفت أغراض الأولياء والزوجات في اختيار الأزواج ،  
لأن شفقة الولي تدعوه إلى أن لا يوكل عنه الا من يثق بحسن نظره ، وعلى  
الوكيل في هذه الحالة أن يزوجه من الكفء وبمهر المثل، فلو زوجها من  
غير كفء أو بدون مهر المثل فانه لا يصح ، واذا زوجها بكفء ولها طالب  
أكفأ منه فانه لا يصح للوكيل ، أما الولي المجبر — وهو الأصل — فيصح له

ذلك لأنه غير متهم في نظره وشفقته.

وأما الولي غير المجرر فله أن يوكل غيره بتزويج من له عليها الولاية وان لم تأذن في التوكيل ولم يعين الولي زوجا في التوكيل بشروط :

أحدها: أن تأذن للولي في تزويجها قبل التوكيل لأن أذنها شرط في صحة تزويج الولي، فلا يملك تزويجها بدونه، وفي هذه الحالة لا يملك الوكيل.

ثانيها: أن لا تنهاه عن توكيل الغير. ، فإذا نهته فلا يصح له أن يوكل. ثالثها : اذا عينت له زوجا خاصا كأن قالت له : رضيت أن تزوجني من فلان ، فإنه يجب عليه أن يعين من عينته له في التوكيل.

#### «ب» اختلافهم فيمن تثبت له ولاية الاجبار

ان ولاية الاجبار تثبت للأب باجماع الفقهاء وهو أولى الأولياء عند الجمهور ومنهم المالكية والحنفية ويقدم عند أكثرهم على غيره من جد وخلافه وان كان الشيعة يرون أن الأب والجد في مرتبة واحدة ويقدمون الجد اذا صدر العقد منهما في وقت واحد وحيثهم في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم ( ليس منا من لم يوقر الكبير).

هذا والحنفية يرون أن لا ولي إلا المجرر الذي له أن ينفذ قوله على غيره سواء رضى أو لم يرض ويختص باجبار الصغير والصغيرة مطلقا والمجنون والمجنونة اذا كانا كبيرين وقد سبق أن ذكرنا من له حق الاجبار عندهم.

أما المالكية فقد قالوا بأن الولي المجرر هو الأب لا الجد، ووصى الاب بعد موته بشرط أن يقول له أنت وصيى على زواج بنتي، أو أنت وصيى على تزويج بنتي، أو أنت وصيى على أن تزوج بنتي ممن أحببت، أو أنت وصيى على أن تزوجها من فلان ، ففي هذه الحالة يكون للوصي حق الاجبار كالأب ولكن لا من كل وجه بل يشترط أن يزوجه بمهر المثل لرجل غير

فاستق أو يزوجها لمن عينه له الأب بخصوصه، أما اذا قال له: أنت وصي على بنتي أو بنتى ولم يذكر التزويج ففيه خلاف، والراجح أنه لا يكون بذلك وليا مجبرا. فاذا قال له: أنت وصي فقط ولم يذكر بنته، أو قال له: أنت وصي على مالى أو بيع تركتى فانه لا يكون مجبرا باتفاق.

والمالك فان له الحق فى جبر امائه باتفاق المذاهب.

وأما الشافعية فولاية الاجبار للأب عندهم وللجد وان علا وللثيب على أمته.

والحنابلة يجعلون ولاية الاجبار للأب ووصى الأب بعد موته والحاكم عند الحاجة.

#### ولاية الاجبار فى الشريعة المسيحية

ان الشريعة المسيحية بجميع مذاهبها « حسب المعمول به عندهم » لا تعرف الولاية الاجبارية التى تجيز لولى النفس أن يزوج الصغير الذى تحت ولايته بغير رضاه. فرضا الصغير شرط لازم لصحة الزواج عندهم.

ولا يتعقد زواج بارادة ولى النفس وحده ولو كان الزوجان صغيرين ولا بأجراء الطقوس الكنيسية وحدها ولا بأى إرادة بشرية أخرى اذا لم تنجه إلى انشائه ارادتا الزوجين.

#### « ج » اختلافهم فى هل للوصى ولاية

عند الأكثر من الفقهاء المسلمين أن الايصاء بالتزويج غير نافذ فلا يكون لمن أوصى اليه بذلك ولاية وإلى هذا رأى ذهب الحنفية والشافعية وفى رواية عن أبى حنيفة وابن حزم وأهل الظاهر.

وللشيعة الامامية فى ذلك رأيان احدهما يتفق مع رأى الاكثرية السابق وهو المشهور عندهم، والاخر أن للوصى تزويج موليه اذا أوصى اليه الأب بذلك، وعند الامام مالك رحمه الله أن الوصاية تثبت لوصى الأب وتنفذ اذا

عين له الأب الزوج وامره بالتزويج والجبر فان لم يأمره بذلك فقسولان أرجحهما أن له أيضا الاختيار وذهب الامام أحمد رحمه الله إلى اثبات الولاية لوصى الأب فيزوج الصغار ومن في حكمهم جبرا لقيامه مقام الأب في ذلك واذا كان الوصى امرأة وجب أن توكل رجلا عنده.

#### «د» سن الزواج في الشريعة الاسلامية

قال المالكية زواج اليتيمة اذا بلغت مبلغ المرغوب في نكاحها، وقدره بعضهم بعشر سنوات، ولكن الراجح عدم تحديد مدة بل المدار على خوف الفساد.

وقال الحنابلة يختص الولي المجبر باجبار غير المكلف — وهو الصغيرة — بكرا كانت أو ثيبا وهي من كانت دون تسع سنين، أما التي لها تسع سنين وكانت ثيبا فليس عليها جبر لأن اذنها معتبر فلا بد من اذنها.

وذهب ابن حزم إلى أنه لا ولاية لأحد في تزويج الصغير الذكر لعدم حاجته إلى الزواج لانه لم يرد نص يجاوز ذلك بخلاف الصغيرة فقد ورد انه صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة رضی الله عنها وهي بنت ست سنوات وبنى بها وهي ابنة تسع ولأن حاجتها إلى الزواج ظاهرة لما يترتب عليه من وجوب نفقتها على زوجها (١).

وذهب التشريع المصري إلى منع موثق العقود من توثيق عقد الزواج الا اذا ثبت لديهم أن سن الزوجة لا تقل عن ١٦ سنة وسن الزوج لا يقل عن ١٨ سنة.

وذهب التشريع السوداني في المنشور ٥٤ لسنة ١٩٦٠ في المادة ٨ إلى أن القاصرة اذا خيف فسادها وتمت عشر سنوات تزوج بعد اذن القاضي.

---

(١) كتاب استاذنا الشيخ على الخفيف النياحة عن الغير في التصرف ص ٣١.  
نهاية المحتاج ج ٦ ص ٥٦ ، وكشاف القناع ج ٣ ص ٢٢ والشرح الكبير للرددير ج ٢ ص ٢٢٢ والمحلى لابن حزم ج ٩ ص ٤٥١



والذى يظهر لنا أن الشريعة الإسلامية لم تضع سنا محددا لصالح الفتاة والفتى لابتداء الحياة الزوجية وكل الذى ورد بخصوص ذلك يدل دلالة قوية على أن زواج الصغيرة البكر جائز لابيها وان كانت دون تسع، خلافا لرأى عبدالله بن شبرمة وأبى بكر الاصم وعثمان البتى القائل لا يجوز زواج الصغيرة قبل بلوغها، وهو رأى لم يعتد به الفقهاء الأوائل وضعفه كثير من الفقهاء المحدثين، ولعل منطق الابقاء على نظام الأسرة واستقرارها يقضى بأن لا يحرم الاب من النظر فى مصلحة ابنته اذا بلغت مبلغ المرغوب فى نكاحها وكان ذا عقل ودين (١)، ولا مانع من تقييد سلطته التنفيذية من أن يتفرد فيستبد بها من غير أن يراعى المصلحة الاجتماعية العامة، وتقييدها يكون بأن يكلف بطلب الاذن بزواج ابنته الصغيرة من القاضى، وللقاضى أن يمنعه اذا لم يقتنع بضرورة الزواج وكانت الصغيرة أقل من سن البلوغ المعتاد لكل بلد.

#### (هـ) سن الزواج «حسب المعمول به عندهم» فى الشريعة المسيحية

ان مجتمع ترنت الذى انعقد فى القرن السادس عشر لمراجعة القانون الكنسى الكاثوليكي قد رفض اقتراحا قدم اليه بتقرير بطلان الزواج الذى يعقده الصغيران بغير رضا والديهما قبل بلوغ الفتى الثامنة عشر وقبل بلوغ الفتاة السادسة عشر، وذلك بالرغم من أن هذا الاقتراح كان صدى لرغبة عامة أعرب عنها الرأى العام والحكام فى ذلك الحين.

وكانت الاعتراضات على هذا الاقتراح تتلخص فى ثلاثة هي:

- (١) ان اخضاع الزواج لسلطان الوالدين يتنافى مع الحرية الكاملة التى يجب أن يتمتع بها كل شخص فى ممارسة ما يبعد عن العقيدة الدينية وذلك أصل مقرر لا يرد عليه استثناء، وقد أجازت الكنيسة تأسيسا عليه زواج الرقيق 'ولو لم يأذن سيده بل ان عدم اذن السيد لعبده بالزواج كان يعتبر عقفا له.

---

(١) المتفقى ج ٣ ص ٢٧٢ جاء فيه: الفسق لا يتنافى ولاية النكاح عند مالك وابى حنيفة.

(٢) انه مما يخالف القانون الطبيعى منع من يستطيع ممارسة الفعل الزوجى من انشاء علاقة زوجية.

(٣) ان منع الصغير قد تنتهى إلى مقارفة الزنا.

وبهذا استقر المبدأ فى الكنيسة الكاثوليكية—وحددت—الارادة الرسولية لكاثوليك الشرق فى البند الأول من القانون ٥٧ سن الزواج بست عشر سنة للرجل وأربع عشر سنة للمرأة دون أن يشترط رضا أو اذن وليهما، واكتفى البند الثامن من القانون المذكور بالنص على أنه وان صح عقد الزواج بعد السن المذكورة فليحرص مع ذلك رعاة النفوس ان يرغبوا عنه الشبان اذا طلبوا قبل السن التى الف الناس فيها عقده حسب القواعد المرعية فى كل بلد.

كما نص القانون رقم ٢٤ على أن الكاهن يتعين عليه أن يحرص على نصح الاولاد القاصرين على أن يعقدوا الزواج دون علم والديهم أو بالرغم منهم اذا لم يوافقوا هؤلاء على الزواج عن صواب، واذا لم يدعنوا فلا يحضرون زواجهم مالم يسبق ويستشير الرئيس الكنسى.

وواضح ان عدم الانصياع لنصح الكاهن فى هذه الحالة لا يترتب عليه بطلان الزواج عندهم انما قد يترتب عليه تأخير عقده اذا رأى الرئيس الكنسى ان لا يأذن للكاهن فى عقده.

واذا كان الامر كذلك فى الكنيسة الكاثوليكية فان الكنائس الشرقية جميعا قد حرصت على أن تجعل رضا ولى النفس لازما لصحة زواج من لم ترفع عنه تلك الولاية، وان كان هذا الرضا لا يكفى وحده لابرام العلاقة الزوجية.

وقد جرت الكنائس الشرقية فى ذلك—كما يقول «دوفيليه ولكليرك» فى كتابهما القانون الكنسى الشرقى—على سنة القانون الرومانى فقد كان قانون جوستينيان لا يحتم رضا الابوين فحسب بل يشترط أيضا رضا رب الأسرة.

ولم يكن يجوز للفتاة التى تبلغ خمسة وعشرين سنة أن تتزوج بغير رضا أبيها ، وعند عدم وجود أمها وعند عدم وجودهما فأقرب الأولياء اليها .

ولم تتحول الكنائس الشرقية عن ذلك منذ ذلك الحين إلى اليوم - ومنها الكنيسة المصرية للأقباط الأرثوذكس - حيث تنص المادة ١٩ من مجموعة قواعدها القانونية .

إذا كان سن الزوج أو الزوجة دون الحادية والعشرين فيشترط لصحة الزواج رضا وليه الشرعى .

ولكن هذه الكنائس - حدث من اطلاق القاعدة فنصت على انه اذا اختلف الصغير مع وليه فى شأن الزواج فانهما يحتكمان إلى السلطة الدينية الشرعية ونصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة ١٩ التى أشرنا إليها حيث تقول :

( فإذا امتنع ولي القاصر عن تزويجه فرفع طالب الزواج الأمر إلى المجلس الملى للفصل ) وكان مبدأ الاحتكام إلى السلطة الدينية الشرعية مقررا منذ العهد التقليدى للقانون الكنسى المصرى - وقد أورده ابن العسال فى كتابه حيث يقول ( ص ٢٠٢ ) ( ومن يمنع الذين تحت حجره من أن يزوجه ومن أن يتزوجوا ظلما ولا يعطيهم جهازهم للرؤساء أن يلزموه بالتزويج والتجهيز ) .

وأورده البطريك كيرلس بن لقلق فى قوانينه بنفس الصياغة تقريبا وحصر القاعدة كلها الاينامينوس فليتأوس - فى كتاب الخلاصة القانونية حيث يقول فى المسألة الخامسة عشر تحت عنوان ( فى رضى الزوجين وغيرهما ) .

توقف صحة عقد الزواج على رضا الزوجين ورضا أبويهما أو أوليائهما ماداما باقين تحت الولاية أعنى ما داما لم يكملأخمساً وعشرين سنة بحيث اذا امتنع الآباء أو الأولياء عن أن يزوجوا من هم تحت ولايتهم الراغبين

الزواج بدون موجب شرعى يمنع رغبتهم فللرؤساء الروحانيين أن يلزموهم بالتزويج والتجهيز بقدر ما يمكن.

وكان من المقرر أن تنتقل ولاية الزواج للأرشد من العائلة اذا غاب ولى النفس، وان الحاكم هو ولى من لا ولى له.

### الفصل الثالث

٣- ما عليه العمل فى جمهوريتى السودان ومصر

«أ» ما عليه العمل فى محاكم الجمهورية العربية المتحدة

ان المحاكم فى الجمهورية العربية المتحدة تقضى فى قضايا الأحوال الشخصية بالراجح من مذهب الامام أبى حنيفة، ولم تغير هذا المبدأ فى ولاية التزويج كما فعلت المحاكم الشرعية فى السودان، ولكنها أحدثت بعض تعديلات استأنست فيها برأى بعض فقهاء السلف السابقين، من ذلك رأى عثمان البتى وابن شبرمة وأبى بكر الاصم الذى يقول ان ولاية الاجبار تكون على المجانين والمعاينة فقط ولا تكون على الصغار قط، فليس هناك ولاية زواج أبداً على الصغير لأن الصغير يتنافى مع مقتضيات عقد الزواج، اذ ذو عقد لا تظهر آثاره إلا بعد البلوغ فلا حاجة قبله. والولاية الاجبارية أساس ثبوتها هو حاجة المولى عليه اليها وحيث لا حاجة إلى زواج بسبب الصغير فلا ولاية تثبت على الصغار فيه وقد جعل الله سبحانه وتعالى بلوغ النكاح هو الحد الفاصل بين القصور والكمال فقال تعالى: (وابتلوا النكاح حتى اذا بلغوا النكاح فان انسيم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم) فقد جعل الله سبحانه وتعالى فى هذه الآية الكريمة بلوغ سن النكاح هو اشارة انتهاء الصغير، واذا فلا ثمره فى العقد قبل البلوغ وفى اثباته قبله ضرر بالصغير لانه عقد لا يظهر ثمراته قبل البلوغ، وفى اثباته قبله ضرر بالصغير لانه لا يستفيد من العقد ويبلغ فيجد نفسه مكبلاً بقيود الزوجية وهو عقد يستمر فى أصل شرعته مدى الحياة.

وبهذا الرأى استأنس القانون المصرى رقم ٥٦ لسنة ١٩٢٣ الذى حدد  
بسن الزواج سماع الدعوى اذا لم تصل سن أحد الزوجين إلى القدر المحدد  
ومنع الموثقين من توثيق عقد الزواج إلا اذا ثبت لديهم أن سن الزوجة لا تقل  
عن ١٦ وسن الزوج لا يقل عن ١٨ سنة.

ويلاحظ أن القانون المصرى رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ منع سماع دعوى  
الزواج اذا كان سن الزوجين وقت التقاضى دون السادسة عشرة للزوجة ودون  
الثامنة عشر للزوج، ولم يمنع الانشاء، ولذلك فالعقد على الصغار صحيح ولا  
يمنع القانون من صحته، والتصادق عليه أمام المحكمة اذا كانت سنهما عند  
التصادق مستوفية للشروط.

هذا وان المعمول به فى مصر هو رأى الحنفية فى ولاية الاجبار التى  
ثبتت للعصبات جميعا.

ان وزارة العدل اصدرت المنشور رقم ٥٨ المؤرخ فى ١٣ ديسمبر سنة  
١٩٢٨ الذى يتضمن التعليمات الخاصة بالاستيثاق من استيفاء شروط السن  
وخلاصتها كالآتى:

(١) ان الذين لا يشبه فى بلوغهم السن من الرجال والنساء الكبار تدون  
الوثيقة الخاصة بـ: واجهم من غير طلب شهادة بسنهم وينص فى الوثيقة  
على ذلك.

(٢) وأن من يشبه فى حقيقة سنهم تقدم شهادة الميلاد دليلا أو شهادة طبيب  
واحد أو أى ورقة رسمية يكون تقدير السن فيها لازما كاعلام رفع  
الوصاية، وان لم يكن شئ من ذلك فشهادة اثنين لهم معرفة بالزوجين.  
ومن هذه الخلاصة نرى أن المنشور يعتبر شهادة اثنين من أدلة بلوغ  
السن فتكتب الوثيقة بشهادتهما، ولما كان بعض الشهود يكذبون اختلف فى  
اعتبار كذبهم تزويرا فى ورقة رسمية أولا. ان محكمة النقض المصرية  
اصدرت حكما لم تعتبره تزويرا لأن الكذب فى غير موضوع الورقة الرسمى،

وعقب ذلك صدر المرسوم بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٣٣ ونص على عقاب الشهود الذين يدلون بمعلومات كاذبة خاصة بالسن في وثيقة الزواج وجاء في المادة الثانية ( يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنتين وبغرامة لا تزيد على مائة جنيه كل من أدلى أمام السلطة المختصة بقصد بيان بلوغ أحد الزوجين السن المحددة قانونا لضبط عقد الزواج على أساس هذه الاقوال أو الأوراق ويعاقب بالحبس أو بغرامة لا تزيد على مائتين جنيه كل شخص خوله القانون سلطة ضبط عقد الزواج وهو يعلم أن أحد طرفيه لم يبلغ السن المحددة في القانون . )

## «ب» ما عليه العمل فى محاكم جمهورية السودان الشرعية

لقد كانت الاصلاحات التى تجرى فى الجمهورية العربية المتحدة يكون صدها عندنا فى السودان، بل انه فى كثير من الأحوال تكون فكرة الاصلاح أو التعديل فى مصر ويتردد الناس فى قبولها سرعان ما يكون بها مشروع قانون يعمل به فى السودان .

هذا وان علماء السودان يتفقهون ويتعبدون على مقتضى المذهب المالكي، الأمر الذى كان له أكبر الأثر فى تعديل بعض المعمول به فى المحاكم الشرعية فى السودان وهو الراجح من مذهب الحنفية.

إن التطبيق العملى فى السودان مرنا بسبب اللائحة التى وضعت فى سنة ١٩٠٢ وفتحت باب التعديل فى المعمول به عن أيسر طريق اذ أن المادة الثامنة منها قد نصت على أن لقاضى القضاة أن يصدر من وقت لآخر وبموافقة الحاكم العام آنذاك تعليمات تتناسب مع هذا القانون لتنسيق قرارات ونظام وتشكيل سلطة وعمل المحاكم الشرعية.

ان لائحة ١٩١٥ تنص على انه يجب أن يقضى فى المحاكم الشرعية بأرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة واستثنى من ذلك الأحوال التى يأمر فيها قاضى القضاة بخلافه بموجب منشور أو نشرة أو مذكرة قضائية. ومن هذا يظهر لنا أن المعمول به فى السودان له شعبتين :

### الشعبة الأولى:

الراجح من مذهب الحنفية وهو الأصل.

### الشعبة الثانية:

المنشورات والنشرات والمذكرات والتعليمات التى ينشرها قاضى القضاة، وهذه يعمل بها بقوة القانون بل وتعتبر قانونا واجب التنفيذ (بعد مصادقة

الحاكم العام آنذاك) وذلك لأنها تستمد قوتها من نص قانونى هو تطبيق للمادة  
نمرة ٥٣ من القانون المنظم للمحاكم الشرعية.

ان السودان اقتبس الكثير من المعمول به فى مصر كما استقل باصلاحات  
وتعديلات كانت ثلاثم بيثات وعادات وميول أهالى السودان الفقهية الظاهرة  
فى الأخذ بمذهب المالكية. ومن ذلك نظام الولاية الاجبارية على الزواج التى  
كان يسير فيها على مقتضى مذهب الامام مالك الذى يقصر الولاية الاجبارية  
فى الزواج على الأب ووصيه.

كما أن السودان لم يقتبس من مصر بعض التعديلات ومنها منع سماع  
الدعوى الابوثيقة زواج رسمية صادرة على يد موظف مختص وكان ذلك هو  
حكم القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ ولعل السبب فى ذلك أن رقعة السودان واسعة  
وأطرافه مترامية وفيه مناطق لايزال أهلها رحل لا يستقرون كما أن تصرفاتهم  
لا تزال فطرية ، والزواج عندهم بشرط الوثيقة الرسمية لا يتيسر فى  
كل الاحوال كما أن التلاعب بكتابة الأوراق العرفية لم تقع ولم يظهر شئ  
من ذلك إلا ما ندر.

هذا وان ما ظهر من منشور وملحقات ونشرة حتى اليوم فى موضوع  
ولاية التزويج تفصيله كالاتى:

(١) المنشور الشرعى رقم ٣٥ الصادر فى يوم ٢٢، ٣، ١٩٣٣.

وهو كالاتى:

مادة (١) الولي للمرأة بشروطه شرط لصحة الزواج شرعا فلا ينعقد زواج  
بدونه والعاقدان للزواج الولي والزوج أو من يقوم مقامهما.

مادة (٢) ينقسم الولي مجبر وغير مجبر فالمجبر هو الأب الرشيد أو وصيه.

مادة (٣) للأب الرشيد أن يجبر بنته الصغيرة ولو ثيبا والبكر البالغ إلى ثلاث  
وثلاثين سنة إلا لذى عاهة كخصى ومجبوب وعنين ومجنون



وابرص ومجنوم وسائر المعيين بعيب يرد به الزواج سواء أكانت بكرا حقيقة أو حكما.

**مادة (٤)** للأب السفیه ان كان ذا عقل ودين جبر بنته أيضا والا نظر وليه في تعيين الزوج وتزوج بنته كيتيمة ويلي عقد زواجها الولي وان عقد السفیه فلوليهِ امضاءه ان حسن والا رده.

**مادة (٥)** الصغير الثيب اذا خلت من زوجها بموت أو طلاق ثم بلغت فلا تجبر على الزواج .

**مادة (٦)** لايجبر الاب بنته البالغة التي زالت بكارتها بعقد زواج صحيح أو فاسد مختلف فيه أو مجمع على فسادهِ يدرأ الحد ولا بنته البكر التي رشدها بعد البلوغ بقوله لها رشدتك اطلقت يدك أو نحوه ولا بنته التي أقامت في بيتها الساكنة فيه مع زوجها سنة من حين دخول الزوج بها ولو أنكرت الوطء بعد فراقها منه وافقها الزوج أم لا إلا اذا علم عدم خلوة الزوج بها فلا يرتفع اجباره عنها ولو أقامت معقودا عليها سنين..

**مادة (٧)** الكبيرة الثيب اذا ظهر فسادها وعجز وليها عن صونها يجبرها أبوها على الزواج أما غيره من الأولياء فيرفع أمرها إلى القاضي فان زوجها بلا رفع مضى.

**مادة (٨)** لوصي الأب وان نزل كوصي الوصي جبر من للأب جبرها وهي البكر حقيقة أو حكما التي لم تبلغ ثلاثة وثلاثين سنة والثيب التي لم تبلغ مطلقا اذا عين له الأب الزوج وبذل الزوج مهر المثل ولم يكن فاسقا أو امره الأب بالجبر صريحا كاجبرها أو ضمنا كزوجها قبل البلوغ أو بعده أو أنت وصي على بضع بناتي أو على تزويج بناتي أو على بنتي تزويجها بمن أحببت أو بكل عبارة تدل على انابته عنه بعد الوفاة مع ذكر البضع أو التزويج أو ما يرادفه.

**مادة (٩)** لا تسمع دعوى تزويج الاجبار للوصى وان نزل الا اذا كانت الوصاية ثابتة بأوراق رسمية ولا يباشر المأذون ذلك العقد إلا بعد اذن القاضي الذى لا يأذن إلا بعد تحققه من ثبوت الوصاية المذكورة كما لا يتولى المأذون عقد زواج الثيب المذكورة بالمادة (٧) إلا بعد اذن القاضي.

**مادة (١٠)** الوصى فى الثيب بعقد زواج صحيح أو فاسد مختلف فيه أو مجمع على فساده درأ الحد (الوصى) على تزويجها ولى من أوليائها يزوجه برضاها ويكون فى منزلة أبيها.

**مادة (١١)** بعد الأب ووصيه وان نزل لاجبر لاحد من الأولياء ولو بكرة يتيمة تحت حجره.

**مادة (١٢)** القاصرة التى ليس لها مجبر لا يزوجه الولى إلا اذا خيف فساد حالها بفقر أو زنا أو عدم حاضن شرعى أو ضياع مال أو دين وأتمت عشر سنين وأذنت لوليها بالقول ورضيت بالزوج وانه كفؤها فى الدين والحرية والنسب والحال والمال وان الصداق مهر مثلها وأن الجهاز الذى جهزت به مناسب لها وشور القاضي.

**مادة (١٣)** اذا زوجت قاصرة لم يخف فسادها صح الزواج ان دخل الزوج بها وطال أمدّه بأن ولدت ولدين فى بطنين أو مضت مدة ثلاثة سنين فان لم يدخل الزوج بها أو لم يطل أمد الزواج فسخ.

**مادة (١٤)** لا يتولى المأذون اثبات عقد زواج قاصرة ليس لها مجبر إلا بعد اذن القاضي الذى لا يأذن إلا بعد أن يثبت لديه شرط وجوب تزويجها.

**مادة (١٥)** اذا لم تكن المخطوبة مجبرة قدم من أوليائها ابنها فابن ابنها وان سفل فالأب الشرعى فالأخ فابنه وان سفل فالجد الأدنى فالعم الأدنى فابنه فأبو الجد فعم الأب و هكذا يقدم الأصل على فرعه

وفرعه على أصل أصله ويقدم الشقيق على ذى الأب فى الاخوة  
وبليهم الاعمام وبنينهم ويقدم الأخ للأب على ابن الأخ الشقيق  
فمولى أعلى فعصبته فالرجل الكافل حين مات أبوها بشرط أن  
يكفلها زمنا يحصل فيه الشفقة والحنان بالفعل عليها فالحاكم  
وهو القاضى يزوجه باذنها ان ثبت عنده أنه لا ولى لها أو عضلها  
ولها أو غاب عنها غيبة بعيدة وأنها خالية من الموانع الشرعية فان لم  
يوجد من ذكر فيتولى أى فرد من المسلمين تزويجها بحكم الولاية  
العامة ولو الزوج فيتولى طرفى العقد.

**مادة (١٦)** اذا تزوجت امرأة بالولاية العامة كان لها ولى مجبر كان العقد  
فاسدا ويفسخ أبدا ولو أجازها المجبر وان كان لها ولى خاص  
غير مجبر فان كانت ذنبية وهى من لا يرغب فيها لحسب ولا  
نسب ولا جمال ولا مال صح الزواج دخل الزوج بها أم لا وان  
كانت شريفة وهى من ليست كذلك فان دخل الزوج وطال الزمن  
بأن ولدت ولدين غير توأمين أو مضت مدة ثلاثة سنين صح عقد  
الزواج وان لم يطل الزمن بعد الدخول أو طال بعد العقد وقبل  
الدخول دخل الزوج بها أم لا فلا قرب من الذى تولى العقد  
عند اجتماع أقرب وأبعد وللبعيد ان عدم القريب وللحاكم ان  
عدم الولى العاصب أو غاب على ثلاثة أيام فأكثر فسخ العقد أو  
أجازته وان كانت غيبته دون ذلك كتب اليه الحاكم ويوقف  
الزوج عنها.

**مادة (١٧)** يصح العقد اذا تولاه أحد وليين متساويين غير مجبرين كعمين  
أو أخوين وكذا يصح بولى أبعد مع وجود أقرب غير مجبر مع  
أخ أو أب مع ابن أو أخ لأب مع أخ شقيق.

**مادة (١٨)** اذا كان الوليان مجبرين كوصيين وتولاه أحدهما بلا اذن صاحبه  
فلا بد من الفسخ وان أجازة الآخر.

**مادة (١٩) البالغ** التي ليس لها مجبر تزوج باذنها ورضاها بالزوج والصداق ويقبل قولها في بلوغها ما لم يكذبها الظاهر فان كانت بكرا اعتبر صمتها رضا بالزوج والمهر كما يكون صمتها رضا بتولى وليها العقد فلو قيل لها هل تفوضين العقد عليك لوليك فلان مثلا فسكتت كان تفويضا غابت من مجلس العقد أو حضرت ولا يقبل من البكر دعوى جهلها بأن صمتها رضا لشهرة ذلك إلا اذا عرفت بالبله فان عرض عليها الزوج والصداق فمئنت بالقول أو ظهر منها ما يدل على الامتناع أو فعل أو قول فلا تزوج لعدم رضاها فان تزوجت فسخ العقد ابدا ولو بعد بناء وطول ولو اجازته أما لو ضحكت أو بكت فتزوج ما لم تقم قرينة على أن بكها منع وضحكها استهزاء وان أنت بمنافيين اعتبر الأخير—وان كانت ثيبا فلا يكفي صمتها في تفويض العقد للولى الا اذا كانت حاضرة مجلسه ولو عرف ولا بد أن تعرب بلسانها عما في نفسها من الرضا بالزوج والصداق أو بأحدهم ومثلها في ذلك ست من الابكار (الاولى بكر رشدتها أبوها أو وصيها بعد بلوغها) (الثانية بكر عضلها أبوها فرفعت أمرها للحاكم وزوجها فلا بد من اذنها بالقول فان أمر الحاكم أباهها فزوجها لم يحتج لاذن) (الثالثة بكر غير مجبرة زوجت بعرض وهو ما ليس بذهب ولا فضة سوى أكان كل الصداق أم بعضه وهى من قوم لا يزوجون به) (الرابعة بكر ولو مجبرة زوجت بذى عيب موجب لخيارها كجنون وجذام) (الخامسة بكر يتيمة مع مراعاة شروط تزويجها المتقدمة) (السادسة بكر غير مجبرة افتات عليها وليها فعقد لها بغير اذنها ثم استؤذنت فلا بد من اذنها بالقول).

**مادة (٢٠) يصح** العقد على المفتات عليها سوى أكانت بكرا أو ثيبا بشروط (الأول) أن ترضى بالعقد بالقول فلا يكفي الصمت كما تقدم.

(الثاني) أن يكون رضاها قريب الزمن من العقد بأن يسار إليها بالخبر وقته. (الرابع) ألا ترد قبل رضاها به فإن ردت فلا عبرة برضاها بعد الرد ولو قرب الرضا ويصح بالعقد بالشروط المتقدمة في الأفتيات على الزوج أو الولي أيضا اما الافتيات على الزوجين معا فيفسخ فيه العقد مطلقا.

**مادة (٢١)** ابن المجرى أو أخوه أو أبوه أو غيرهم من سائر الاولياء الذى فوض اليه المجرى جميع شأنه بالقول كفوضت اليك جميع أمورى أو اقمته مقامى فى جميع أمورى ونحو ذلك أو بالعادة بتصرفه له تصرفا عاما كتصرف الوكيل المفوض اليه وهو حاضر ساكت اذا تولى العقد واجازه المجرى صح اذا ثبت تفويضه له قبل عقد الزواج بالقول أو بالعادة بيينة.

**مادة (٢٢)** اذا كان المجرى حاضرا أو غائبا غيبة قريبة كمشرة أيام ذهابا وزوج الحاكم أو غيره من الاولياء بنته بغير اذنه ولم يفوض له أموره فسخ التزويج أبدا بطلاق بائن ولو أجازها المجرى ولو ولدت الاولاد وهذا اذا كانت النفقة جارية عليها ولم يخشى عليها الفساد وكانت الطريق مأمونة والا زوجها القاضى لا وليها سوى أكانت بالغة أم صغيرة ولو لم تبلغ عشرا ولم تأذن بالقول وان تبين أضراره بها بغيبته القريبة بأن قصد تركها بغير زواج كتب له الحاكم اما ان يحضر يزوجه أو يوكل وكيلا يزوجه والا زوجها عليها ان تطل فان لم يفعل زوجها الحاكم.

**مادة (٢٣)** ان غاب الولي المجرى غيبة بعيدة فان لم يرج قدومه بسرعة ولو لم يستوطن زوجها الحاكم برضاها واذنها صمتها اذا لم يخشى عليها ضيعة ولو دامت نفقتها فان خيف فسادها زوجها ولو جبرا اما اذا كانت ترجى عودته كمن خرج لتجارة أو نحوها ولم تطل

اقامته فلا تزوج مجبرته إلا اذا خيف فسادها.

**مادة (٢٤)** غير المجبرة اذا غاب وليها الأقرب مسافة من بلدتها ثلاثة أيام فما فوقها وخطيبها الكفء فان كان له وكيل مفوض تولى التزويج والا زوجها الأبعد فيصح فان كانت غيبة الولي دون ثلاثة أرسل اليه فان حضر كان وبها والا زوجها الولي الأبعد.

**مادة (٢٥)** الولي اذا كان مجبرا أولا وفقد انتقل حق التزويج للأبعد يزوجها برضاها ولو جرت عليها النفقة ولم يخشى عليها ضيعة.

**مادة (٢٦)** اذا جن الأب جنونا غير مطبق أو حبس فلا تزال ولايته أما اذا كان الجنون مطبقا فوصيه يزوج بنته كيتيمة.

**مادة (٢٧)** شروط الولي الذكورة والبلوغ واتحاد الدين والعقل الكامل فاذا فقد الولي الأقرب وصفا منها انتقلت الولاية منه للأبعد مالم تكن الولاية لوصية أو معتقة فتوكل كل واحد منهما عند العقد على اليتيمة والمعتقة من يستوفى شروط الولي لأن لهما حقا في الولاية في التزويج لكن منعتهما الانوثة عن مباشرتهما للعقد ولو كان الوكيل أجنبيا من الموكلة ولو مع حضور اوليائها ومن الموكل عليها في الاولى لا الثانية ولي النسب مقدم على المعتقة.

**مادة (٢٨)** على القضاء الحكم بما نص عليه في هذا المنشور في الحوادث الواقعة من تاريخ أول اكتوبر سنة ١٩٣٣ وأما الحوادث التي قبل ذلك فتطبق عليها أحكام كتب مذهب الامام أبي حنيفة.

**(٢) ملحق رقم «١» للمنشور الشرعى رقم ٣٥ :**

صدر هذا الملحق فى يوم ٥ أغسطس سنة ١٩٣٤.

عند تطبيق المنشور الشرعى رقم ٣٥ عرضت حالة هى حضور الزوج الكفء الذى لا ينتظر حضور الولي . ولما كان الزوج الكفء لا يصح

أن يترك اذ فى ترك تزويجه الضرر كله رأينا نشر هذا على المحاكم للعمل به. فى حالة غياب الولى سواء أكان مجبرا أو غير مجبر غيبة بحيث لو انتظر حضوره يخشى فوات الزوج الكفاء كأن يكون الزوج آت فى اجازة قصيرة مثلا أو نحو ذلك وكان يصرح بأنه اذا كلف بأن ينتظر الولى تزوج بسوى مخطوبته وكانت المخطوبة بالغة فعلى المأذون أن يتولى عقد الزواج بولاية أقرب الأولياء الموجودين بمحل اقامة المخطوبة بتوكيلها له فى تولى هذا الزواج. ولكن لا يقدم على التزويج إلا بعد أخذ شهادة من العمدة أو الشيخ وأقارب المخطوبة ان وجدت وشهود العقد ويوقع عليها من الزوج ووكيله بأن فلان الكفاء (الزوج خطب فلانة ( الزوجة) وولها والدها فلان مثلا غائب والخاطب قرر أنه يترك هذا الزواج اذا كلف بانتظار الولى ويشير المأذون فى وثيقة الزواج لهذه الشهادة لتكون الوثيقة حجة على صحة الزواج عند القضاء لو رفعت دعوى بشأن عدم صحتها وعندما يورد المأذون ايراده يقدم هذه الشهادة لتحتفظ مع جدول العقود بالمحل الخاص به ويوقع من القاضى على هامش الورقة باطلاعه على هذه الشهادة.

### **(٣) ملحق رقم ٢ للمنشور الشرعى رقم ٣٥ الصادر يوم ١٤، ٤، ١٩٣٥**

قد دلت الحوادث على عدم صلاحية الملحق الأول للمنشور نمرة ٣٥ بجهات مديرية كردفان على وجهه ونظرا لوجود عدد كبير من المحاكم الأهلية بتلك المديرية رأينا بعد موافقة جناب السكرتير القضائي لحكومة السودان أن يطبق مضمونه بجهات المديرية المذكورة على الوجه الآتى :

متى احتيج إلى الشهادة التى ينص عليها ملحق المنشور المذكور وكان من المتعذر الحصول عليها من المحكمة الشرعية لبعدها عن الجهة مثلا مع ضيق الوقت وجب استخراج هذه الشهادة من أقرب محكمة أهلية بالصيغة التى ينص عليها ملحق المنشور ويكون العمل بها على الصفة المبينة به.

والله ولى التوفيق،

**(٤) ملحق رقم ٣ للمنشور الشرعى رقم ٣٥ صدر في ١٩٣٧،٧،١**

إذا ترك الولي الاتفاق على وليته مع وجوبه عليه شرعا سواء كان مجبرا أو غير مجبر سقطت ولايته وتزوج المرأة بوكالة أقرب الأولياء شرعا فان امتنع وكلت غيره ممن تشاء.

**(٥) نشرة عامة صدرت في يوم ١٩٥٩،٧،١٥:**

قد نص الملحق نمرة ٣ السابق أن الولي اذا ترك الاتفاق على موليته مع وجوبه عليه شرعا سواء كان مجبرا أو غير مجبر سقطت ولايته وتزوج المرأة بوكالة أقرب الأولياء اليها شرعا فاذا امتنع وكلت غيره ممن تشاء. ولم يذكر بالملحق المذكور مقدار المدة التي اذا لم ينفق فيها سقطت ولايته ونرى أن تكون هذه المدة ستة أشهر فأكثر وتكون مقارنة للتاريخ الذى تطلب فيه المشاكاة اسقاط الولاية.



(٦) المنشور الشرعى رقم ٥٤  
صدر من محكمة عموم السودان الشرعية  
فى يوم السبت ٣ الحجة ١٣٧٩ هـ الموافق  
١٩٦٠،٥٠٢٨

يلغى المنشور نمرة ٣٥ وملحقاته ويستبدل بالآتى :

**الولاية فى الزواج**

**المادة (١)** الولى للمرأة بشروطه شرط لصحة الزواج شرعا فلا ينعقد زواج بدونه والعاقدان للزواج الولى والزوج أو من يقوم مقامهما.

هذه المادة رقم «١» هى عين المادة رقم «١» من المنشور السابق الملغى نمرة ٣٥ الصادر فى يوم ١٩٣٣،٣،٢٢ نقلت بنصها ولم يعدل أو يبدل شىء فى نصها أو معناها. «وعليه تكون هذه المادة موافقة للمذهب المالكى».

**شرط الولى**

**المادة (٢)** الذكورة - البلوغ - اتحاد الدين - العقل الكامل - فاذا فقد الولى الأقرب وصفا منها انتقلت الولاية إلى الأبعد.

هذه المادة رقم «٢» هى عين الفقرة الاولى المهمة من المادة رقم «٢٧» من المنشور السابق الملغى وذلك بعد حذف الفقرة الاخيرة التى هى عبارة عن استثناء وتوضيح. «وعليه تكون الشروط المذكورة فى هذا المنشور الجديد هى عين الشروط الواجب توافرها فى الولى فى المذهب المالكى».

**المادة (٣)** يقدم من الأولياء الابن وان سفل فالأب الشرعى فالأخ فابنه وان سفل فالجد الادنى فالعم الادنى فابنه فأبو الجد فعم الأب وهكذا يقدم الأصل على فرعه وفرعه على أصل أصله ويقدم الشقيق على ذى الأب فى الاخوة ويليهام الاعمام وبنيهام ويقدم الأخ لأب

على ابن الاخ الشقيق فمولى أعلى فعصبتة فالرجل الكافل لها حين مات أبوها بشرط أن يكفلها زمنا يحصل فيه الشفقة والحنان بالفعل. فالحاكم وهو القاضى يزوجه باذنها ان ثبت عنده أنه لا ولى لها أو عضلها وليها أو غاب عنها غيبة بعيدة وأنها خالية من الموانع الشرعية فان لم يوجد من ذكر فيتولى أى فرد من المسلمين تزويجها بحكم الولاية العامة.

هذه المادة رقم «٣» من المنشور الجديد هي المادة رقم «١٥» من المنشور السابق حذف منه اجزاء قليلة كانت توضحه وتزيد فى معناها ، وقد حذفت فى الصياغة من المادة قوله « اذا لم تكن المخطوبة مجبرة ....» وهذا الحذف يغير فى المعنى إلا اذا اخذنا فى الاعتبار نية المشرع وقت الصياغة .

« مع هذا يعتبر الترتيب الوارد لاولياء المخطوبة غير المجبرة هو عين الترتيب الوارد فى المذهب المالكي.»

**المادة (٤)** اذا تزوجت امرأة بالولاية العامة مع وجود الولى الخاص فى مكان العقد أو فى مكان قريب يمكن أخذ رأيه فيه فسخ العقد.

هذه المادة رقم «٤» من المنشور الجديد هي عبارة عن المعنى المهم اخذ من المادة رقم «٢٢» من المنشور القديم فى صياغة جديدة مختصرة حذف منها عبارة المجرى وبعض الاشرطات والتوضيحات الواردة فى المادة القديمة.

« ومع ذلك هي أيضا عبارة عن المعنى المراد للمذهب المالكي وهو المحافظة على حق الولى الخاص فى تزويج موليته.»

**المادة (٥)** يصح العقد اذا تولاه أحد وليين متساويين كعمين أو أخوين وكذا يصح بولى أبعد مع وجود ولى أقرب اذا رفض الأقرب تولى العقد. أما اذا غاب الولى الاقرب فان كانت غيبته بحيث لو انتظر حضوره يخشى فوات الزوج الكفء فتزوج بولاية الأبعد.

هذه المادة رقم «٥» هي عبارة عن نص المادة رقم «١٧» من المنشور القديم رقم «٣٥» والملحق رقم «١» وقد زاد المنشور الجديد عبارة «إذا رفض الأقرب تولى العقد» وهي زيادة غيرت المعنى الذى اراده المذهب المالكي بعض الشيء وقد لخصت المادة المرادة.

**المادة (٦) البالغ تزوج باذنها ورضاها بالزوج والمهر** ويقبل قولها فى بلوغها ما لم يكذبها الظاهر فان كانت بكرا اعتبر صحتها رضا بالزوج والمهر — ولا يقبل من البكر دعوى جهلها بأن صحتها رضا لشهرة ذلك الا اذا عرفت بالبله فاذا عرض عليها الزوج والمهر فرفضت بالقول أو ظهر منها ما يدل على الامتناع من فعل او قول فلا تزوج لعدم رضاها فان زوجت فسخ العقد ولو أجازته بعد رفضها. وان كانت ثيبا فلا يكفى صحتها فى تفويض العقد للولى ولا بد أن تعرب بلسانها عما فى نفسها من الرضا بالزوج والصدق.

هذه المادة رقم «٦» نقلت بنصها من المادة رقم «١٩» من المنشور القديم بعد حذف اجزاء منها . مما حذف من المادة القديمة وغير المعنى عبارة «التي ليس لها مجبر» بعد لفظة «البالغ» الواردة فى أول المادة؛ الأمر الذى جعل لفظة «البالغ» تشمل المجبرة وغير المجبرة «وهو معنى لم يقصد اليه المذهب المالكي».

**المادة (٧) البكر البالغ اذا عقد عليها وليها بغير اذنها** ثم أخبرها بالعقد فلا بد من قبولها بالقول صراحة فاذا لم تقبل فسخ العقد.

هذه المادة رقم «٧» هي تقريبا نفس معنى الجزء الاخير من المادة رقم «١٩» من المنشور القديم؛ الا أن الفرق بينهما هو ان المادة «١٩» فى اخرها جاءت بحكم المقتات عليها «وهي غير المجبرة» ولكن المشرع فى المادة رقم «٧» من المنشور الجديد قصد البكر البالغة مطلقا مجبرة أو غير مجبرة. ودلينا على ذلك يفهم من اطلاق عبارة (وليها) من غير تقييد له بمجبر او

غير مجبر . وهذه المادة بهذا المعنى خالفت المذهب المالكي .

**المادة (٨)** القاصرة اذا خيف فسادها وتمت عشر سنوات تزوج بعد اذن القاضي ويشترط قبولها بالزوج كما يشترط أن يكون الزوج كفؤا لها والمهر مهر امثالها والجهاز مناسباً .

هذه المادة رقم «٨» تسلب الولي المجبر « عند المالكية » سلطته في القاصرة ؛ «ومن باب أولى البكر البالغة» ولو طلب الولي الاذن من القاضي ! وعليه لايجوز حسب منطق المادة زواج القاصرة الا اذا توفرت الشروط اللازمة وهي :

(١) اذا خيف فسادها . (٢) اذا تمت عشر سنوات من عمرها . (٣) اذا اذن القاضي . (٤) اذا قبلت بالزوج . (٥) اذا كان الزوج كفؤا والمهر مهر مثلها والجهاز مناسباً .

وهذه الشروط هي التي اشترطها المذهب المالكي في تزويج اليتيمة ، وهي بعينها التي اشترطها المادة في تزويج أى قاصرة تمت عشر سنوات من عمرها .

هذا ، واذا جاز لنا ان نأخذ بالمفهوم المخالف من هذه المادة نستطيع ان نقول ان هذه المادة تمنع زواج القاصرة دون العاشرة من عمرها مطلقاً «وعليه هذه المادة لم تتقيد بمذهب معين بل كانت باجتهاد مطلق من المشرع» .

**المادة (٩)** على القضاة الحكم بما نص عليه في هذا المنشور في الحوادث الواقعة من تاريخ صدوره «

هذه المادة لاتعليق لنا عليها اكثر من انها كانت في حاجة الي ان تحيل الي مذهب معين او ان تلحق بمذكرة تفسيرية موضحة تمكن القضاة من الحكم بما نص عليه هذا المنشور من غير عناء .

## الفصل الرابع

٤- ملاحظات عامة في التشريع السوداني والمصري

### «أ» - التشريع السوداني

ملاحظات على ما جاء بالمشور ٣٥ وملاحقه:

فى المادة رقم ٣ اختارت المحاكم الشرعية للعانس سن الثلاثة والثلاثين بداية للعنوس وهو موضع خلاف فى المذهب المالكى حيث أن بعض المالكية قدره بثلاثين سنة وبعضهم بخمس وثلاثين وبعضهم بأربعين وبعضهم بغير ذلك یراجع الخرشى جزء ٣ صفحة نمرة ١٦٧.

وقد اختارت المحاكم فى المادة ٥٥ العمل بقول ابن القاسم واشهب الذى استحسنة اللخمى وهو عدم جبر الثيب التى طلقها زوجها أو مات عنها قبل البلوغ ثم بلغت قبل النكاح.

والمادة رقم ٩ من المشور منعت المأذون من مباشرة عقد الوصى بطريق الاجبار إلا بعد أن يأذن له القاضى بذلك والقاضى لا يأذن إلا بعد أن يتحقق من ثبوت الوصاية المذكورة وهى لا تكون ثابتة لدى القاضى إلا اذا كانت باوراق رسمية ولا يخفى ما فى ذلك من اضعاف لحق الوصى أضعافا فيه الكثير من الاحتياط لحق المجبرة.

كما جاء فى المادة رقم ١١ أن لا جبر لاحد من الاولياء بعد الاب ووصيه ولو بكرا نتيمة تحت حجره وهذا لا يتفق مع ما جاء فى الخرشى جزء ٣ صفحة ١٧٦ إلا اذا كان المقصود من المادة أن لا جبر له على غير البالغة.

ولقد جرى المشور فى المادة رقم ١٧ على أن العقد يصح بولى أبعد مع وجود ولى أقرب غير مجبر كعم مع أخ أو أب مع ابن ومن هذا يفهم أن الولى الابعد هو الولى المتأخر فى المرتبة وبالاقرب المتقدم عليه ولو كانت جهة القرابة متحدة وكما يجوز تزويج الابعد مع وجود الاقرب فانه يجوز من باب أولى تزويج أحد المتساويين بدون اذن الآخر كأن يزوج أحد الأعمام

أو الاخوة الاشقاء من غير أن يأذن له من يساويه في الولاية من باب أولى ومن الملاحظ في الملحق رقم ١ أنه في حالة الولي اذا غاب سواء أكان مجبراً أو غير مجبر بحيث اذا انتظر حضوره يخشى فوات الزوج الكفء يكون على المأذون أن يتولى عقد الزواج بولاية أقرب الأولياء الموجودين في محل اقامة المخطوبة بتوكيلها له في تولى هذا الزواج ولكن لا يقدم على هذا التزويج إلا بعد أخذ شهادة من العمدة أو الشيخ وأقارب المخطوبة ان وجدوا وشهود العقد، ويوقع عليها المأذون أو وكيله بأن فلاناً الكفء خطب فلانة وولها والدها فلان غائب والخطب قرر أنه يترك هذا الزواج اذا كلف بانتظار الولي ويشير المأذون في وثيقة الزواج إلى آخر ما جاء في النشرة.... ولكن هذا الملحق كما هو ظاهر يفترض في المأذون أن يكون في مستوى علمي يمكنه أن يفهم كيف يحسن مثل هذا التصرف؛ كما يفترض ان يكون عدد المأذونين وافرأ يكفي حاجة هذا البلد الشاسع الواسع، الامر الذي لم يتحقق بعد.

هذا وقد نص الملحق نمرة ٣ على أن الولي اذا ترك الانفاق على موليته مع وجوبه عليه شرعاً سواء أكان مجبراً أو غير مجبر سقطت ولايته وتزوج المرأة بوكالة أقرب الأولياء اليها شرعاً فان أمتنع وكلت غيره ممن تشاء ولقد جاءت النشرة الصادرة يوم ١٥، ٧، ١٩٥٩ فوضحت مقدار المدة التي اذا لم ينفق فيها الولي سقطت ولايته وهي ستة اشهر فأكثر ولا يخفى ما في هذا التوضيح من معاونه للقاضي في تسهيل مهمته.

#### ملاحظات على ما جاء بالمنشور رقم ٥٤

يلاحظ من النشرة نمرة ٣٧، ١٤ لسنة ١٩٥٩ التي ارسلها صاحب  
الفضيلة قاضي القضاة لقضاة المحاكم الشرعية ونصها كالآتي:

(أثير في الأيام الأخيرة نقاش كثير حول الولاية في الزواج وحول  
التشريع الذي اشتمل عليه المنشور نمرة ٣٥ وملحقاته.

ولكى نتمكن من البت فى ابقاء هذا التشريع أو تعديله بما يتمشى مع المصلحة العامة نرجو افادتنا برأيكم عنه وما تقترحون بشأنه على ضوء الحوادث أمامكم بسببه.

ونأمل أن يكون رأيكم واضحا ومختصرا ما أمكن

أن صاحب الفضيلة قاضى قضاة السودان كان يهدف إلى ابقاء تشريع المنشور نمرة ٣٥ وملحقاته كما هو أو تعديله بما يتمشى مع المصلحة العامة ولكن بعد أن تجمعت لديه المعلومات الكافية فى الموضوع من القضاة الشرعيين فى محاكم السودان رأى أن يلغيه ويستبدله بمنشور مختصر هو المنشور نمرة ٥٤ لسنة ١٩٦٠.

والذى يظهر لى من المادة الأولى منه حتى المادة السادسة أن الالغاء للمنشور الولاية نمرة ٣٥ الذى كان تشريعه وفقا لأحكام المذهب المالكي لم يرجع بالقضاة الشرعيين إلى أن يحكموا بالراجح من مذهب ابنى حنيفة لأن المنشور نمرة ٥٤ أتى بمواد أغلب أحكامها من المذهب المالكي إلا جزءاً من المادة السادسة فقد جاء فيها ما يأتى :

(فاذا عرض عليها - يعنى البكر البالغ - الزواج والمهر فرفضت بالقول أو ظهر منها ما يدل على الامتناع من فعل أو قول فلا تزوج لعدم رضاها فان زوجت فسخ العقد ولو أجازته بعد رفضها).

وان معنى ما ورد فى هذا الجزء من المادة ان البكر البالغة لا تجبر وليس لوالدها جبرها اذا امتنعت عن الزواج صراحة او دلالة، فاذا زوجها فسخ الزواج مطلقا ولو اجازته بعد ذلك ، وهذا الكلام يخالف احكام المذهب المالكي التى تجيز لسوليتها المجبر تزويجها مادام يستوفى شروط الولاية وزوجها من كفاء غير معيب أمهرها مهر المثل.

كما أن المادة السابعة من نفس المنشور توجب على الأب وغيره من

الأولياء استئذان البكر البالغ والمذهب المالكي يرى استحباب ذلك ونص المادة كالآتي:

(البكر البالغ اذا عقد عليها وليها بغير اذنها ثم أخبرها بالعقد فلا بد من قبولها بالقول صراحة فاذا لم تقبل فسخ العقد).

واما المادة الثامنة منه ونصها كالآتي:

(القاصرة اذا خيف فسادها وتمت عشر سنوات تزوج بعد اذن القاضى ويشترط قبولها بالزوج كما يشترط أن يكون الزوج كفؤا لها والمهر مهر أمثالها والجهاز مناسب).

يظهر من نص هذه المادة أن القاصرة اذا كانت أقل من عشر سنوات فليس لوليها ولو كان أباً أن يزوجه حتى ولو أذنت له المحكمة بعد مشاورة القاضي، فاذا بلغت عشر سنوات أيضا ليس لوليها تزويجها الا بشروط هي تقريبا شروط تزويج اليتيمة عند المالكية.

وشروط المادة هي أن يكون الزوج كفؤا لها والمهر مهر مثلها والجهاز مناسباً.

هذا ولا يخفى ما فى تحديد سن القاصرة من ميل من المشرع السودانى إلى تحديد سن للتزويج.

ثم من ملاحظاتي على هذا المنشور أنه لم يوضح أنه عدل من بعض أحكام المذهب المالكي ولم ينبه القضاة الشرعيين ليعملوا من ناحية عامة فى قضاياهم الخاصة بالولاية وفقا لأحكام المذهب المالكي مراعين ما جاء فى هذا المنشور من تعديل.

ثم ان محكمة عموم السودان لم تساعد القضاة بوضع مذكرة تفسيرية لهذا المنشور ولا بتشريع ملاحق تأتى تباعا تبين الأحكام الفرعية التى يجب توافرها للقضاة ليحكموا فى القضايا المختلفة فى موضوع الولاية.



وفيما عدا هذه الملاحظات فإن المنشور جاء بأسلوب مختصر ودقيق راعى فيه المشرع بعض ظروف المجتمع السوداني وراعى فيه تطوره.

#### «ب» - التشريع المصرى

ملاحظات على ماجاء فى المادة ٥٦ لسنة ١٩٢٣ والمادة ٧٨ لسنة ١٩٣١

- (١) يلاحظ أن التشريع المصرى وضع تحديدا لسن الزواج.
- (٢) منع الموثقين من توثيق العقد لمن كانت سنه دون السن المحددة.
- (٣) منع القضاة من سماع دعوى الزوجية اذا كان سن أحد الزوجين عند انشاء العقد دون هذا السن. إلا أنه رأى تيسيرا على الناس أن يقصر المنع على من كانت سنه وقت الدعوى أقل من السن المحددة.
- (٤) لم يتعرض التشريع لصحة الزواج ونفاذه لمن كانت سنه دون السن المحددة وانما فقط منع توثيقه ومنع سماع الدعوى به .

### «ج» نتيجة البحث :

لقد اتفق المالكية والشافعية والحنابلة على ضرورة وجود الولي في النكاح واتفقوا على ضرورة تقسيمه إلى ولي مجبر وولي غير مجبر واتفق الشافعية والحنابلة على أن الولي المجبر هو الأب والجدة وخالف المالكية فقالوا الولي المجبر هو الأب فقط واختلفوا في الوصي والحاكم.

هذا وقد اتفقت المذاهب المعتمدة كلها على أن ولاية الاجبار للأب، واجازوا له أن يزوج ابنته البكر بدون اذنها ورضاها على اختلاف بينهم في الشروط التي يصح بها تزويج المجبرة على الوجه المبين فيما مضى. وما لا ريب فيه أن هذا الرأي المتفق عليه الذي يقر سلطة الأب على ابنته يراعي ظروفًا اجتماعية كثيرة ويلاحظ أحوالًا اجتماعية تختلف باختلاف الزمان والمكان ويحفظ للأسرة وحدتها وتماسكها.

وأما الرأي الذي يحجر على الأب (بالبات) أن يفكر لابنته ويراعى مصلحتها في الأمر الذي له خطورته في حياتها وهي ضعيفة بطبيعتها وكثيرة الخضوع في أغلب الأحيان للرجال، وسريعة التأثير بعاطفتها حتى بعد كبرها، فهو رأي قد يجبر الأسرة بتمامها إلى مأساة محزنة قد تفكك روابطها وتفرق بين أفرادها، فمن الواجب أن نترك للأب الرشيد المعتدل حقه في الاجبار، ولكن لا مانع من أن نقيّد هذا الحق، بإجراءات تضعف من حدته بطريقة تحافظ على مصلحة المجتمع أولاً وعلى مصلحة القاصرة ثانياً.

### «د» مقترحات :

ولما كانت ولاية الاجبار حقاً شرعياً منحتة الشريعة للأب باتفاق الفقهاء وأقرته الأسرة المسلمة طيلة القرون الماضية وإلى أن ظهر هذا العصر بأحداثه الكثيرة وقلاقله المثيرة واضطراباته المتكرره.

أرى أنه ليس من العدل أن نسلب الأب وهو صاحب الحق الأول حقه

المشروع ولا من الانصاف أن نترك الصغيرة من غير ضمانات تكفل لها  
مصلحتها ولا من الخير للمجتمع أن لا تراعى ظروفه الاجتماعية المتغيرة.

ولهذا :

(١) أرى أن البنت الصغيرة ومثلها الصغير دون سن التمييز او فوق سن  
التمييز الي التاسعة لايسمح « من حيث الاجراءات » لموثق العقود من  
توثيق عقد لهما لعدم حاجتهما إلى الزواج عادة كما لا يسمح بسماع  
دعوى ترفع منهما امام المحاكم الشرعية إلا بعد اذن من صاحب  
الفضيلة قاض قضاة السودان.

(٢) والبنت الصغيرة بعد سن التاسعة إلى سن البلوغ تزوج، ولايها ان يعقد  
عليها بعد مشاورة القاضي وأخذه منه اذنا بالزواج وليس للقاضي  
ان يأذن الا اذا ثبت لديه أن الأب مستوف الشروط ويتمتع بشرط  
الولاية التكميلي وهو العدالة عند المالكية وان الزواج فيه مصلحة  
واضحة للبنت أو أنها يخشى عليها الفساد والزواج كفاء وسليم من  
العاهات التي توجب خيار الزوجة كالخضاء والجنون والجذام والبرص  
ونحوه والمهر مهر مثلها والجهاز يناسب حالها.

(٣) أما البنت البالغة « مالم يرشدها أبوها » فانها احق بنفسها من وليها) أو  
تعنس أو تكون ثيبة بالغة من زواج صحيح « فلا تزوج إلا بعد اذنها  
بالقول صراحة أو دلالة، وعلى موثق العقود أن يسمع منها ذلك بنفسه،  
وبحضور شاهدين فان بدا له منها رفض الزواج صراحة أو دلالة  
فعلية أن يمتنع عن التوثيق إلى أن يأتيه وليها باذن من القاضي.

(٤) ويسرنا ان يعمل صاحب الفضيلة قاضى قضاة السودان من اليوم علي  
تعميم نظام توثيق جميع عقود الزواج بالسودان. ورفع مستوى  
المأذونين المادى والعلمى.

هذا وليس غريبا أن يتمسك أهالى السودان بأحكام المذهب المالكي في

هذا الموضوع لاسيما اذا علمنا أن غالبية الشعب السوداني يقلد المذهب المالكي ودراسة فقهاء الشريعة في أغلب بلاد السودان مالكية. ولا تزال المرأة السودانية تحت امرة أبيها ومن العيب القاضح عندنا في السودان أن تخرج على رأى أوليائها من الرجال. ثم ان الاغلبية الساحقة عندنا لاتزال ترى أن استقلال المرأة ولو عانسا بالتزويج بمن تشاء دون اذن وليها ( متى كان الزواج كفؤا وتزوجها بمهر المثل) أمر غير مستساغ ولا مقبول لدى الرأى العام، ولذلك فى سنة ١٩٣٣ حين كان العمل بالمشهور من مذهب أبى حنيفة نشأت أحداث عظيمة فى بعض القبائل السودانية مما أدى إلى اضطراب الأمر واضطرت المصلحة القضائية آنذاك ان تصدر المنشور الشرعى ٣٥ الذى نظم احكام الولاية على أساس من المذهب المالكي واستمر الحال على ذلك حتى صدر فى عام ١٩٦٠ المنشور رقم ٥٤ المتقدم ذكره.

هذا ، ولا يسعنى إلا أن أعترف بضعفى وتقصيرى أما أحكام شريعة الاسلام الغراء التى كلما أمعنت فى دراستها وجدتها بحرا خضمها متلاطم الامواج يفرق السابح فيه اذا لم تكتمل أدواته ، ووجدتها دائما تلبى حاجة المجتمع فى كل زمان ومكان.

## خاتمة البحث

المجتمع مجموعة أسر ، والأسرة هى الوحدة الأساسية فيه ، لذا فإن العناية بالأسرة يجب ان يكون هو هدف المصلحين الاجتماعيين الذين يحفزهم لدراساتها ، واستنباط الوسائل التى تؤدى إلى حماية افرادها واستقرارهم ؛ اذ أنه كلما كانت الأسرة مترابطة بعيدة عن عوامل التفكك والضعف ، كان المجتمع سليما صحيا واقتصاديا ، ومستقرا اجتماعيا وسياسيا . والأسرة كالمجتمع ، لا غنى لها عن احكام وقواعد تضعها الدولة لتنظيم العلاقات التى تنشأ بين افرادها من جهة ، وبينها وبين بعض الأسر الأخرى ، وبينها وبين الدولة من جهة ثالثة .

التشريع للأسرة في جمهورية السودان مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية للمسلمين ، ومن غير الشريعة الاسلامية لغير المسلمين ، ولهذا نرى المشرع الوضعى من وقت لآخر يتدخل بالقدر اللازم ، فيلجأ إلى تغليب رأى فى المذاهب على رأى آخر فى فقه تشريع الأسرة ؛ إلا أن المشرع الوضعى مع هذا لم يحدد حتى الآن الأصول العامة المحددة التى تسرى على الوقائع دون نظر إلى ذات الشخص أو الواقعة ، لهذا كان تغليبه لرأى دون رأى يؤدى فى كثير من الأحوال إلى ضعف التشريع والتفكك فى نظريته العامة ؛ علما بأن التشريع الإسلامى فى أسس تشريعاته عاما يتجرد حين يعالج حالة عامة كالأسرة وينتظم بأحكامه جميع الأسر والبيوت التى تتشابه ظروفها واحوالها . والتشريع الاسلامى من حيث كونه وسيلة الدولة فى تنظيم الروابط الاجتماعية ، ينظم الروابط التى لها مظهر خارجى بشكل يحقق التوافق والتسنيق بين مصالح الأفراد المتعارضة ، ويحكم النوايا والعواطف للأفراد التى لا يكون لها مظهر خارجى ؛ ، الأمر الذى لا تراعيه القوانين المعاصرة الوضعيه .

والتشريع الإسلامى يهدف دائما إلى اقرار الأمن والسلام داخل الجماعة ودخل الأسرة ، ويعمل على بقائهما وارتقاها ، ولهذا يرتب العقوبة والجزاء في الدنيا والآخرة على مخالفة أحكامه.

فالأسرة وهى الوحدة الأساسية للمجتمع لا تتحرر من التأثير بعوامل العواطف والنوايا ، لأن الأسرة مبنية بطبيعة تكوينها على أساس عميق من العاطفة والنية الباطنة . ومن هنا كانت مهمة المشرع الوضعى للأسرة عسيرة جدا ، إذا لم تقترن بتدابير ووسائل اخرى غير وضع القوانين ، وسائل تشجيع الجو الصالح والبيئة الملائمة ليستطيع التشريع أن يؤتي ثماره المرجوة.

والتشريع في نظرى مالم يقترن بعقوبة أو جزاء فقد عنصرهما من عناصر اكتساب احترام عامة الناس والتزامهم بأحكام التشريع عندما لا تتوفر لهم مصلحة لهم خاصة ، وبالتأثير فى الجماعات المسلمة «الراقية» يتوفر للأغلبية المثقفة من افرادها الشعور بوجوب احترام التشريع ، وعدم الخروج عليه لرضائهم عنه وإيمانهم واقتناعهم بصلاحيته في تنظيم علاقات الأفراد وضرورة بناء كيانهم واسعادهم.

وفي نظرى أن الجماعات مهما بلغ افرادها من الأرقاء فان ، ذلك لا يشفع في الغاء الجزاء ، لان كل جماعة تحتوى على شواذ يجب ان يعلموا سلفا ان الخروج على القواعد التشريعية التى تطبقها الدولة سيلحق بهم الجزاء المترتب على هذه المخالفة.

فالتشريع الخاص بالأحوال الشخصية «والنباة عن الغير في عقد الزواج جزء منه» لابد منه لأنه ينظم الروابط المقدسة بين أفراد الأسرة داخل البيت ، ولأن هذه الروابط تتأثر بالعواطف والنوايا غير الظاهرة ، لذلك فإن أسس الجزاء لما يضعه المشرع من احكام لتنظيم هذه الروابط سوف يتأثر بهذه العوامل العاطفية ، ويجب أن يكون مرتبطا بها وملامها لها.

فالدولة مثلا عندما تتدخل بالتشريع لتحديد سلطة الأب على ابنته فإنها لا تستطيع ان تمنع جانباً من حرية الفتاة اذا بلغت مبلغ الرشد واستطاعت أن تختار لنفسها ، وان الدولة عندما تتدخل وتمنح الفتاة العاقلة البالغة حريتها في اختيار شريك حياتها « الزوج » فإنها لا تستطيع أن تمنع الأب من أن يباشر جانباً من سلطته للحد من حرية الفتاة المطلقة التي لا تراعى حق الأبوة ولا صالح العائلة. ولا بد للدولة لتضمن احترام تشريعاتها أن تضع العقوبات أو الجزاءات التي تتلائم مع العوامل الظاهرة وغير الظاهرة ، الجزاءات التي تتلاءم مع طبيعة المخالفة بحيث تؤدي تلك العقوبات إلى التريث في ارتكابها مع توفير الضمانات اللازمة للأقلال من الأضرار التي تنجم عنها ، بالنسبة للأفراد الذين وقع عليهم الضرر وبالنسبة للمجتمع باعتبار هذا العمل مؤدياً إلى انحلال إحدى خلاياه.

هذا ، وان ضعف الوازع الديني في بعض مجتمعاتنا المعاصرة ، وسوء فهمها للأحكام الرئيسية التي جاءت بها شريعة الإسلام لتنظيم الأسرة ، حفز المسئولين في المحاكم الشرعية في جمهورية السودان والجمهورية العربية المتحدة إلى تقنين كثير من احكام الأسرة وفقاً لأرجح الآراء في المذاهب المختلفة ، كأساس عام ، واقتباس كثير من الآراء التي تتفق مع ظروف الزمان والمكان والحالة الاجتماعية للأسرة ، وان كانت في بعض الاحايين تلك الآراء لا تتفق مع ارجح الآراء في المذاهب المعتمدة ، إلا انها دائماً وفي الغالب لا تخرج عن الاصول العامة لفقهاء الشريعة السمحة..

ومن هنا نجد ان العمل في جمهورية السودان كان بالراجع من مذهب حنيفة حتى في النيابة عن الغير في عقد الزواج « الولاية » ثم نجد المشرع الشرعي اقتبس احكام المذهب المالكي في الولاية ثم رجع وغير ذلك بمنشور جديد مراعي ارضاء الشعور العام ليقبل التشريع الجديد بدافع من الاقتناع العام بفائدته..

هذا ، وان دراسة المشاكل التي تواجه الاسرة دراسة «علمية» دقيقة تتناولها من مختلف نواحيها تحتاج الي اخصائيين وخبراء من نوع خاص ويؤسفى أن أقول أننا في جمهورية السودان حتى اليوم لم نجر بشأن الأسرة دراسة علمية دقيقة نتعرف إلى أصل مشاكلها من الناحية الشخصية ومسئ الناحية الاجتماعية ومن الناحية الاقتصادية ، دراسة نتعرف إلى اسباب ادائها، إذ أن الدراسة العلمية لا تعنى بدراسة العوامل الظاهرة ، بل تستقصى اسباب مشاكل الأسرة ، وتكشف عن العوامل التي تؤثر على هذه المشاكل وكل مشكلة ترتبط بمشاكل أخرى ، ولعل مشكلة النياية عن الغير في عقد الزواج كانت في سنة ١٩٦٠ وقبلها من مشاكل الأحوال الشخصية للأسرة التي احتاجت إلى بحث شامل يوضح مدى ارتباطها بمشاكل اخرى اجتماعية أو اقتصادية او غيرها في المجتمع السوداني المعاصر ، احتاجت إلى بحث شامل يوضح مدى اولويتها في العلاج بالنظر إلى مشاكل الاسرة الاخرى ، ومدى شعور المجتمع بأهمية موضوع الولاية عن الصغير في عقد الزواج ، ومدى استجابة المجتمع لأي تعديل أو تغيير في التشريع ، ومدى مساهمة المجتمع في تطبيقه عن رضى واقتناع .

ولاشك انه في ضوء البحث العلمى تبرز المشاكل في وضعها الصحيح فيسهل رسم الخطة المثل في المعالجة أو الوقاية ، ولاشك ان مشاكل الأسرة تتغير بتغير الظروف والأزمان ، تبعا لتطور فلسفة المجتمع في شتى الشئون ، وحسب درجة استكمال المجتمع لأسباب الحضارة الروحية أو المدنية . وحسب مدى استقرار الاسر في المدن أو القرى ، ولهذا نجد ان التشريع الاسلامى وضع لنظام الاسرة اسسا وقواعد نستطيع ان نستنبط منها احكاما مرنة تؤدي إلى تشريع من الممكن ان يتعارف الناس عليه ، ويعتبرونه أصلا لحياتهم التي تستمد استقرارها من استقرار الأحكام التي تنظم لهم علاقاتهم الأسرية وتحل مشاكلهم العائلية .



ومن هنا نستطيع ان نقول ان عرض مشكلة الولاية الاجبارية على صفحات الجرائد سنة ١٩٦٠ كان بادرة طيبة ، ومطالبة قضاة المحاكم الشرعية ليكتبوا موضحين آراءهم لصاحب الفضيلة قاضى قضاة السودان آنذاك كان أيضا دعوة للمشاركة صالحة ، نرجو مزيدا منها ومن فرص البحث العلمى الجاد ، والله ولى التوفيق .

## [ المراجع ]

### مراجع المذهب المالكي

- شرح الخرشي على المختصر طبعة التازي الثانية ١٣١٧ هجرية.  
الشرح الكبير للدردير بهامش حاشية الزرقاني على المختصر.  
الخطاب لابي عبدالله مطبعة السعادة سنة ١٣٢٩ هـ.  
المدونة للامام مالك رواية سحنون مطبعة السعادة سنة ١٣٢٨ هجرية.

### مراجع المذهب الحنفي

- رد المحتار لابن عابدين طبعة بولاق سنة ١٢٨٦ هجرية.  
فتح القدير لابن الهمام المطبعة الاميرية سنة ١٣١٨ هـ.  
المبسوط للسرخسي مطبعة السعادة سنة ١٣٣١ هجرية.  
البدائع للكاساني مطبعة الجمالية سنة ١٣٢٨ هجرية .  
شرح الكتر لازيلعي طبعة بولاق سنة ١٣١٥ هجرية.

### مراجع المذهب الشافعي

- المهذب للشرازي مطبعة التضامن سنة ١٣٤٨ هجرية .  
تحفة المحتاج بهامش حاشيتي الشرواني والعبادي طبعة  
سنة ١٣١٥ هجرية.  
الأم للشافعي المطبعة الاميرية سنة ١٣٢٥ هجرية.  
الوجيز للغزالي مطبعة المؤيد سنة ١٣١٧ هجرية.  
نهاية المحتاج الجزء السادس .

### مراجع المذهب الحنبلي

- المغني لابن قدامة مطبعة المنار سنة ١٣٤٨ هجرية.

غاية المنتهى في الجمع بين الاقناع والمنتهى للشيخ مرعى بن يوسف الحنبلى.

القواعد لابن رجب مطبعة الصدق سنة ١٣٥٢ هجرية.

### مراجع المذهب الظاهرى

المحلى لابن حزم مطبعة منير سنة ١٣٥٢ هجرية

### مراجع المذهب الشيعى الاثنى عشرية

مختلف الشيعة ج ٢ طبعة ١٣٢٣ هجرية.

المختصر النافع طبعة الأوقاف.

### المراجع الأخرى الحديثة

الأحوال الشخصية للاستاذ الشيخ محمد أبو زهرة طبعة ١٩٥٠ ميلادية.

النيابة عن الغير فى التصرف للاستاذ الشيخ على الخفيف.

احكام الزواج للاستاذ الشيخ محمد أبو زهرة طبعة معهد

الدراسات العربية العالى.

الأحوال الشخصية للاستاذ الشيخ معوض مصطفى سرحان.

الأحوال الشخصية للاستاذ الشيخ على حسب الله.

الأحوال الشخصية للاستاذ الدكتور محمد يوسف موسى.

الأحوال الشخصية للشيخ زيد الربيعى

أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين للمستشار حلمى بطرس.

الأحوال الشخصية للاجانب للاستاذ جميل الشرقاوى.

انحلال الزواج فى التشريعات الاوربية للاستاذ الدكتور جميل

الشرقاوى.

الأحوال الشخصية لغير المسلمين للاستاذ الدكتور شفيق شحانه  
طبعة معهد الدراسات العربية العالى.  
كتاب المنشورات والتعليمات لمحكمة عموم السودان الشرعية.  
كتاب النشرات والمذكرات لمحكمة عموم السودان الشرعية.  
الوسيط للدكتور عبد الرازق السنهورى طبعة ١٩٤٦.  
مصادر الحق للاستاذ الدكتور عبد الرازق السنهورى طبعة معهد  
الدراسات العربية العالى.

#### مراجع عامة

بداية المجتهد لابن رشد طبعة ١٣٧١ هجرية.  
كتاب الفقه فى المذاهب الأربعة.  
الميزان للشعرانى المطبعة الشرقية سنة ١٣٠٦ هجرية.  
أعلام الموقعين لابن القيم طبعة ١٣٢٥ هجرية.

#### مراجع التفسير

تفسير المنصار مطبعة المنار سنة ١٣٢٨ هجرية.  
أحكام القرآن للجصاص مطبعة الأوقاف الاستانة.

#### مراجع الحديث

فيل الأوطار للشوكانى طبعة البابى الحلبي سنة ١٣٤٧ هجرية.  
سبل السلام مطبعة الاستقامة سنة ١٣٥٧ هجرية.  
الزرقانى على موطأ الامام مالك لابن أنس.

## فهرس الكتاب

١	افتتاحية
٣	مقدمة: في ما طراً لتقنيات البلاد العربية
٦	تمهيد: في نظرية الإسلام بصفة عامة في الأسرة
٤٠	الباب الأول: في الولاية في المذاهب الاسلامية
٤٠	الفصل الأول: تعريف الولاية بوجه عام
٤٢	الولاية الإجبارية
٤٢	الولاية الاختيارية أو ولاية الإستحباب
٤٣	أسباب الولاية: (١) عند المالكية (٢) والحنفية
٤٦	(٣) والشافعية (٤) والحنابلة.
٤٧	شروط الولاية في الفقه الإسلامي
٤٧	(١) في المذهب الحنفي (٢) في المذهب المالكي
٤٩	(٣) في المذهب الشافعي (٤) في المذهب الحنبلي (استظهار)
٥١	المبحث الأول «أ» من تثبت له ولاية الاجبار ومن تثبت عليه
٥١	(١) عند المالكية (٢) عند الحنفية (٣) عند الحنابلة
٥٤	(٤) عند الشافعية (٥) عند الشيعة
٥٥	الخلاصة
٥٦	حكم الفقه اذا انعدم الولي المجبر
٥٧	«ب» من تثبت عليه ولاية الاجبار
٥٧	(١) في المذهب المالكي (٢) في المذهب الحنفي (٣) في
٥٨	المذهب الحنبلي (٤) في المذهب الشافعي
٦٠	(٥) في المذهب الشيعي
٦٠	الخلاصة

٦١	المبحث الثاني: في من تثبت له ولاية الاختيار والاستحباب ومن تثبت عليه
٦١	«أ» من تثبت له ولاية الاختيار
٦١	(١) في المذهب المالكي (٢) في المذهب الحنفي (٣) في
٦٤	المذهب الشافعي (٤) في المذهب الحنبلي
٦٥	الخلاصة.
٦٧	«ب» من تثبت عليها ولاية الاختيار أو الاستحباب
٦٧	(١) في المذهب المالكي (٢) في المذهب الحنفي
٦٨	(٣) في المذهب الشافعي (٤) في المذهب الحنبلي
٦٩	المبحث الثالث: في الوكالة في المذاهب الإسلامية
٦٩	الوكالة في الزواج عند الأحناف
٧٠	الوكالة في الزواج عند المالكية
٧٠	الوكالة في الزواج عند الشافعية
٧١	الوكالة في الزواج عند الحنابلة
٧٢	المبحث الرابع: ما يسلب الولاية
٧٣	المبحث الخامس: أحكام تزويج الصغيرة
٧٤	خيار البلوغ للصغير و الصغيرة
٧٥	أحكام تزويج الكبيرة
٧٧	المبحث السادس: زواج القاصر في التشريع المسيحي.
٧٧	زواج الصغير عند الكاثوليك
٧٩	زواج القاصر في القانون الفرنسي
٨١	من تلزم موافقتهم في زواج القاصر
٨١	الموافقة على زواج الابناء الشرعيين عندهم
٨١	موافقة الوالدين ( الأب والأم )
٨٣	موافقة الاصول غير الوالدين

٨٣	موافقة مجلس العائلة
٨٣	الموافقة على زواج الابناء بالتبني
٨٤	الموافقة على زواج الابناء غير الشرعيين
٨٤	شكل الموافقة وخصائصها
٨٦	زواج القصر في القانونين الايطالى واليونانى
٨٦	القانون الايطالى
٨٨	القانون اليونانى
٨٨	القانون السودانى
٨٩	القانون المصرى
٩٠	الفصل الثانى: أحكام الغيبة والعزل والرضى
٩٠	المبحث الاول: غيبة الولى واحكامها
٩٠	(١) الغيبة القريبة عند المالكية
٩٠	الغيبة البعيدة عند المالكية
٩١	(٢) الغيبة المتقطعة عند الحنفية
٩٢	(٣) الغيبة البعيدة عند الشافعية
٩٣	(٤) الغيبة المتقطعة عند الحنابلة
٩٤	المحبوس والأسير
٩٥	المبحث الثانى: احكام العزل
٩٥	(١) عزل الولى موليته عند المالكية
٩٥	(٢) عزل الولى موليته عند الحنابلة
٩٦	(٣) عزل الولى موليته عند الشافعية
٩٧	المبحث الثالث: ما يكون به الرضى في الزواج
٩٧	(١) ما يكون به رضى البكر عند الحنفية

- ٩٧ ما يكون به رضى الثيب
- ٩٨ (٢) ما يكون به رضى البكر عند الحنابلة
- ٩٩ ما يكون به رضى الثيب
- ٩٩ (٣) ما يكون به رضى البكر وإذنها عند الشافعية
- ١٠٠ ما يكون به رضى الثيب
- ١٠٠ (٤) ما يكون به رضى البكر وإذنها عند المالكية
- ما يكون به رضى الثيب عند المالكية
- ١٠١ المبحث الرابع : أحكام المفتات عنها
- ١٠٣ المبحث الخامس : الرضى والإذن في التشريع المسيحى
- ١٠٣ الرضى والإذن عند الكاثوليك
- ١٠٥ رضى ولى النفس عند الكنائس الشرقية
- ١٠٥ رضى الولى عند الاقباط الأرثوذكس
- ١٠٦ الرضى في بعض القوانين الأوربية
- ١٠٦ موازنة في نظام الموافقة
- ١٠٨ الفصل الثالث : تلخيص عام لبعض مسائل الخلاف المتقدم ذكرها.

## الباب الثانى

- ١١٢ في نظرة عامة فى الولاية فى عقد الزواج.
- ١١٢ الفصل الأول : فى ولاية التزويج من بعض كتب المذاهب المعتبرة.
- ١١٢ «أ» ولاية التزويج من متن مختصر خليل المالكي
- ١١٥ «ب» ولاية التزويج من متن بداية المبتدىء للمرغيناني الحنفى
- ١١٦ «ج» ولاية التزويج من كتاب المنهاج للشافعية
- ١١٨ «د» ولاية التزويج من كتاب المغنى لابن قدامة الحنبلى



١٢١	الفصل الثاني : بحث مقارن في مسائل خلافية
١٢١	«أ» هل تعقد المرأة لنفسها أو لغيرها ؟
١٣٠	«ب» اختلافهم فيمن تثبت له ولاية الاجبار
١٣١	ولاية الاجبار في الشريعة المسيحية
١٣١	«ج» اختلافهم في هل للوصى ولاية
١٣٢	«د» سن الزواج في الشريعة الاسلامية
١٣٣	سن الزواج في الشريعة المسيحية
١٣٦	الفصل الثالث : ما عليه العمل في جمهوريتى السودان ومصر
١٣٦	«أ» ما عليه العمل في محاكم الجمهورية العربية المتحدة
١٣٩	«ب» ما عليه العمل في محاكم جمهورية السودان الشرعية
١٤٠	(١) المنشور الشرعى رقم ٣٥ الصادر في يوم ١٩٣٣,٣,٢٢
١٤٦	(٢) ملحق رقم «١» للمنشور الشرعى رقم ٣٥
١٤٧	(٣) ملحق رقم «٢» للمنشور رقم ٣٥
١٤٨	(٤) ملحق رقم «٣» للمنشور الشرعى رقم ٣٥
١٤٨	(٥) نشرة عامة صدرت في يوم ١٩٥٩,٧,١٥
١٤٩	(٦) المنشور الشرعى رقم ٥٤ الصادر في يوم ١٩٦٠,٥,٢٨
١٥٣	الفصل الرابع : ملاحظات عامة في التشريعين السوداني والمصرى
١٥٣	«أ» التشريع السوداني
١٥٣	(١) ملاحظات على المنشور رقم ٣٥ وملحقاته
١٥٤	(٢) ملاحظات على المنشور رقم ٥٤
١٥٧	«ب» التشريع المصرى
١٥٧	ملاحظات على المادة - ٥٦ - والمادة - ٧٨ .
١٥٨	«ج» نتيجة البحث
١٥٨	«د» مقترحات
١٦١	خاتمة البحث





 Bibliotheca Alexandrina



0417398